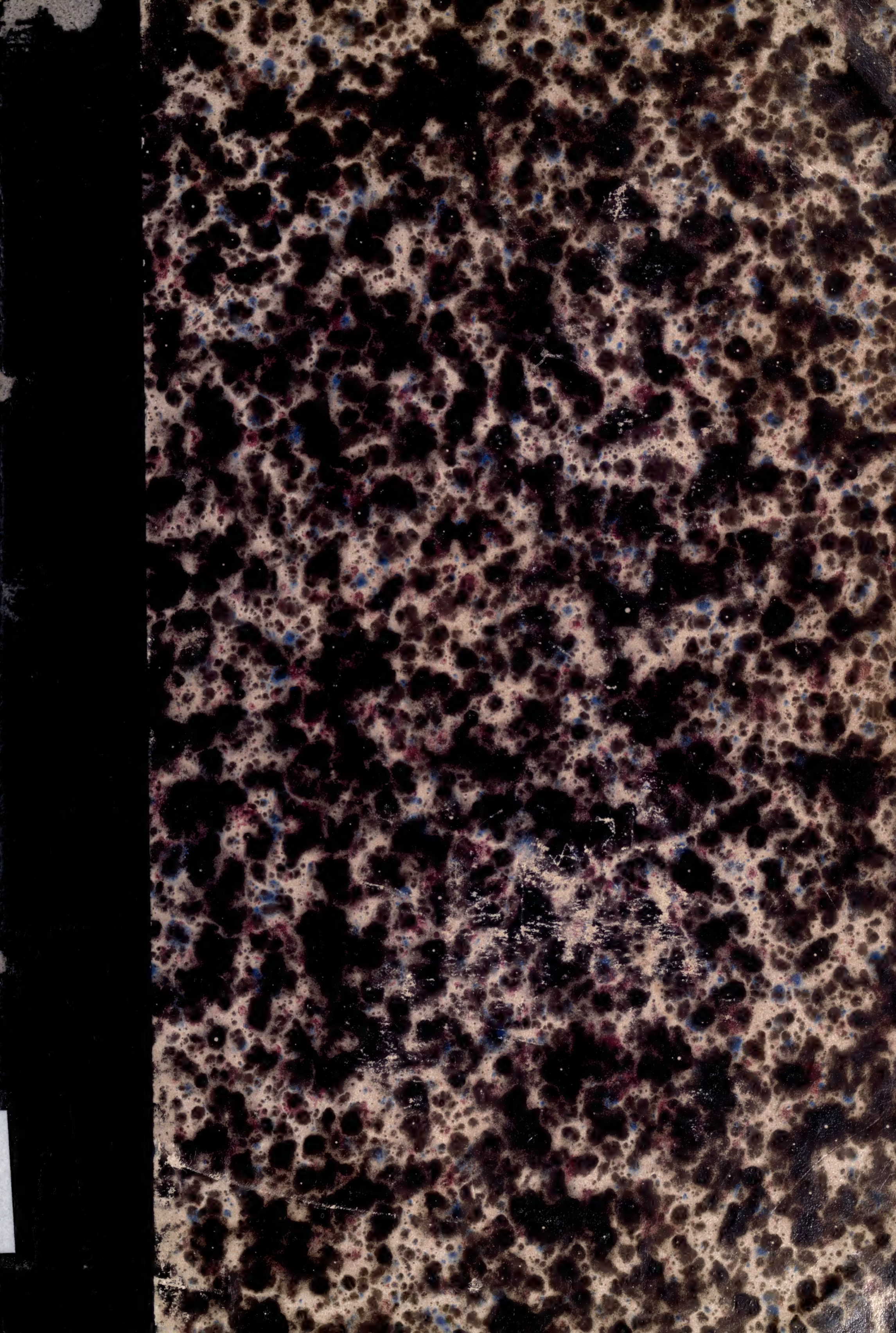
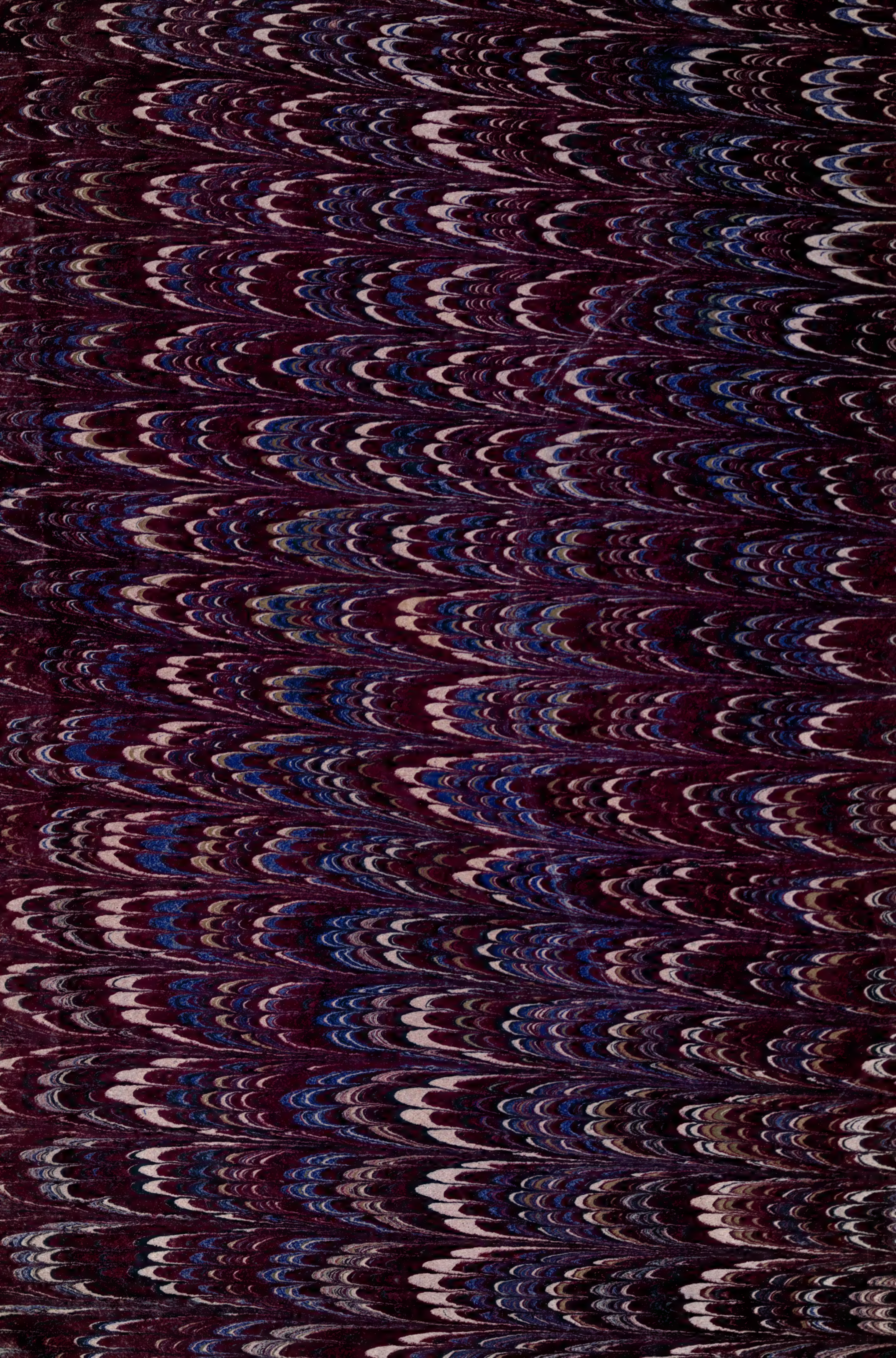
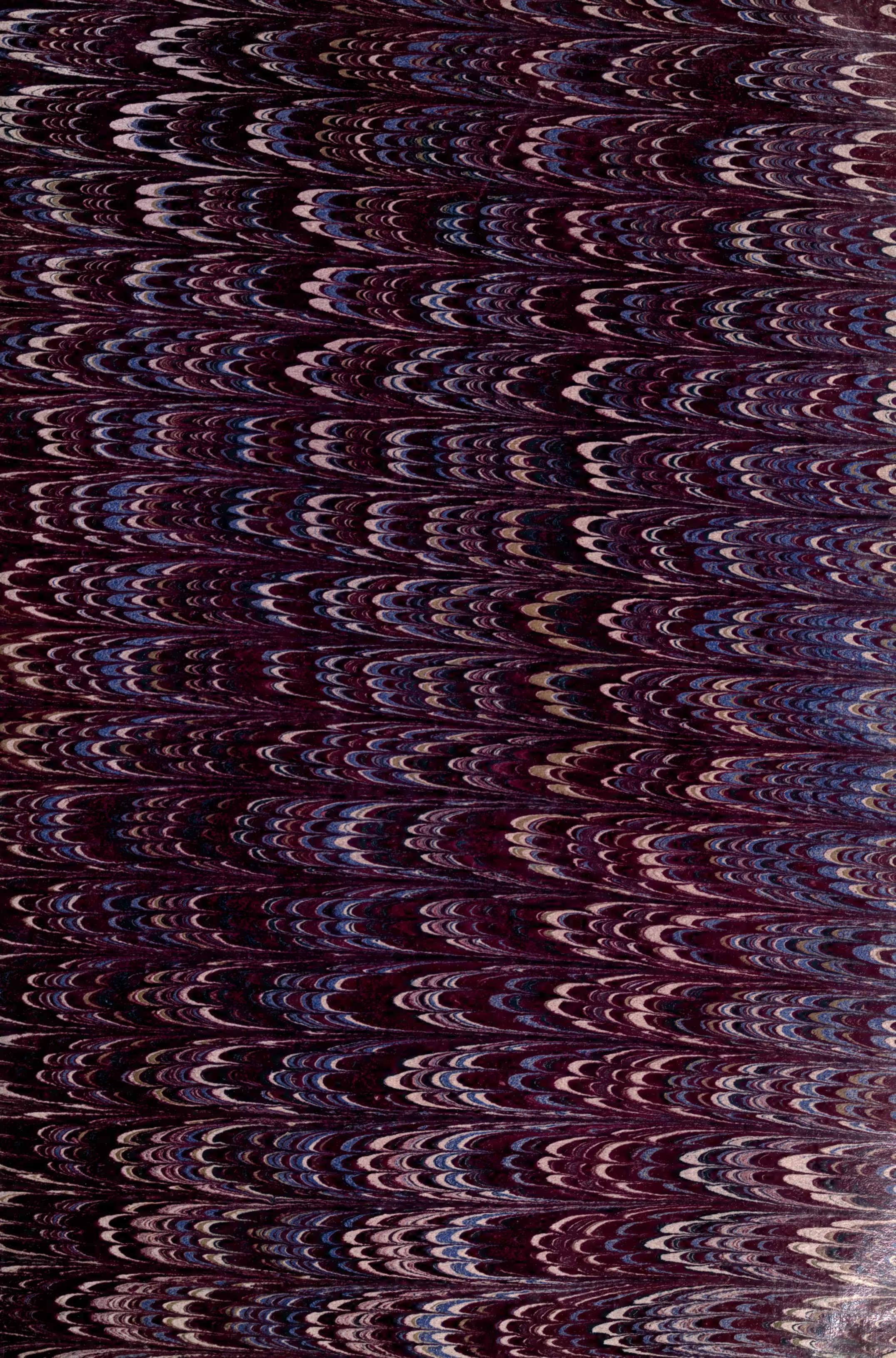






INSTITUCIONES

DE

DERECHO CIVIL PATRIO,

ESCRITAS

POR

FERNANDO CRUZ.

TOMO TERCERO.

1888.



GUATEMALA.

TIPOGRAFIA "LA UNIÓN." 8.ª CALLE PONIENTE Nº 6.

LIBRO TERCERO.

DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

TITULO PRIMERO.

DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL.

1.—El libro segundo de estas instituciones ha tratado del dominio, el primero y más comprensivo de los derechos reales: de los modos de adquirirlo, de sus desmembraciones y de todas las otras formas de lo que llaman técnicamente *derecho en la cosa.* Este se tiene y se ejercita sin relación á determinada persona, de suerte que la acción del que lo usa, sigue á la cosa que es objeto ó materia de tal derecho, sea cual fuere el individuo en cuyo poder se encuentre, y sin necesidad de que lo ligue con él ninguna relación jurídica. El libro presente se refiere á los derechos personales, llamados también *derechos á la cosa*, es decir, á todos aquellos en que la acción del que los ejerce va encaminada pre-

cisamente contra una persona ligada á él por motivo determinado. El propietario que perdió un objeto, lo reclama de la persona en cuyo poder lo encuentra; siendo totalmente indiferente que sea ésta ó aquella, y sin necesidad de que medie entre los dos relación de ninguna especie. El que tiene adquirida una servidumbre sobre una finca, la aprovecha y ejercita sea quien fuere el poseedor de ésta: así pues, el dominio y la servidumbre son derechos reales, como lo es tambien la prenda ó la hipoteca. Mas el que dió prestada á Pedro una cantidad de dinero, no puede exigirla más que de Pedro; y solo de él puede pedir las indemnizaciones que por intereses, daños y perjuicios, ó por otra razón cualquiera le correspondan: el derecho, por consiguiente, es puramente personal: sólo tiene valor respecto de persona determinada, y es el que llaman *derecho á la cosa.*

2.—Objeto de este libro serán las obligaciones y contratos que son las formas que generalmente reviste ese derecho. En el título presente se tratará 1.° de la naturaleza de la obligación y de sus fuentes. 2.° De sus diferentes especies, ó formas de constituirse y 3.° en general, de los modos de extinguirse.

PARRAFO PRIMERO.

DE LA OBLIGACIÓN Y FUENTES DE QUE PROCEDE.

3.—*Obligación* (ligare) es *la necesidad jurídica de dar, hacer, ó no hacer alguna cosa* (1395 C.) Necesidad jurídica significa que legalmente tenemos que hacer algo, estamos ligados por la ley, y legalmente podemos ser compelidos á cumplirlo. Este cumplimiento no proviene de una necesidad física ó coacción material puesto que, absolutamente hablando, podemos

faltar á la obligación, sino de que, por un principio de justicia, reconocido, apoyado y sancionado por la ley, tenemos que dar ó hacer aquello que es materia de obligación; y no haciéndolo voluntaria y libremente, la autoridad social competente nos constriñe á verificarlo. Consiste la materia de la obligación en dar, hacer, ó no hacer alguna cosa en favor de otro, porque esas son las diferentes formas que puede tomar el objeto de la necesidad jurídica: *dar*, como en la compra, en la que el comprador tiene que dar al vendedor el precio de la cosa comprada: *hacer*, como en la sociedad ó el mandato, en que el socio industrial y el mandatario tienen que desempeñar varios actos en provecho de la sociedad formada ó del mandante; y *de no hacer*, como se ve en esos mismos contratos, pues el socio y el mandatario tienen que abstenerse de diferentes actos que obstarían al desempeño de su comisión. De no hacer es la servidumbre de no levantar más alto, la de no impedir la luz &.

4.—La obligación y el deber se diferencian en que aquella se refiere propiamente á lo legal y el deber á lo puramente moral, si bien casi todas las obligaciones sancionadas por la ley proceden de deberes impuestos por la razón y la conciencia del hombre, de manera que toda ó casi toda obligación supone un deber, mientras que hay deberes que no sanciona la ley civil y su cumplimiento es sólo una necesidad moral. Como la obligación es correlativa del derecho, hay en todas ellas una persona en cuyo provecho se debe dar, hacer ó no hacer algo; y otra que es la que tiene que darlo, hacerlo ó abstenerse de hacerlo: la primera se llama *acreedor;* la otra, *deudor*.

5.—Puesto que toda obligación supone que legalmente podemos ser compelidos á cumplirla, para que sea tal ha de estar apoyada y garantida por la ley;

pero hay unas que proceden de ésta inmediata y directamente, es decir, que dadas ciertas circunstancias, ella las establece sin necesidad de otro hecho ó compromiso; mientras que otras nacen inmediatamente de un hecho personal. Las primeras son obligaciones puramente legales, como la de exhibir un objeto ó documento en determinados casos (artículo 263 y 264 Cód. pr. civ. y 71 del Dec. N.° 273): la de ceder la propiedad por causa de utilidad pública (Dec. de 3 de Setiembre de 1861 y de 26 de Enero de 1884): la de guardar cierta distancia para algunas edificaciones y plantaciones (1266 á 1272 C. C.): la que tiene el propietario del agua de un fundo de permitir el uso de la que sea absolutamente necesaria, y mediando indemnización competente, para el abasto de las personas ó ganados de una finca rústica: la que el predio inferior tiene de recibir las aguas del superior (1203 C. C.): la obligación de dar, en ciertas condiciones, paso al agua de que otro puede disponer (1218 C. C.) ó de dar salida, por medio de cauce, á las aguas de un terreno pantanoso inmediato (1231 C. C.): la de tolerar el tránsito, por terreno propio, para otra heredad (218 Dec. de Ref. N.° 272): la de ceder la medianería de la pared divisoria (221 id.): la de que las aguas pluviales de un edificio no caigan sobre el suelo del vecino (1278 C. C.) y algunas otras. Los ejemplos que pone el Código de esta clase de obligaciones no son propios ni oportunos, pues no es obligación del orden civil la de aceptar cargos públicos, y ni se trata de ella en parte alguna del Código; y la de alimentar á los hijos proviene del hecho de la paternidad, establecida por la naturaleza y sancionada por la ley. Por el contrario, hay otras obligaciones que pudieran decirse voluntarias, en el sentido de que los hechos que les dan orígen son voluntarios. Esos hechos pueden ser lícitos ó ilícitos (fr. 2.ª 1395 C. C.): los pri-

meros son los contratos ó cuasi contratos, es decir, los que la ley no reprueba y dimanan del consentimiento expreso ó del presunto; y los otros son el delito, la falta y el cuasi delito (231 Dec. de Ref. N.° 272). En los dos primeros de los que acaban de mencionarse, hay responsabilidad criminal: en el cuasi delito no, porque sólo hay una culpa que puede obtener suficiente represión por medios y efectos civiles. Por eso es el Código Penal el que estatuye respecto de todos los hechos ilícitos sujetos á la acción de la ley, y de las obligaciones que emanan de la ejecución de delitos ó faltas: en el derecho civil, la materia la forman los que provienen de contratos, cuasi contratos y cuasi delitos.

PARRAFO SEGUNDO.

6.—De las obligaciones se hacen generalmente las clases siguientes 1.ª Naturales, civiles y mixtas. 2.ª Puras, condicionales y á cierto término. 3.ª Alternativas y copulativas. 4.ª simples, conjuntas y mancomunadas. 5.ª Divisibles é indivisibles. 6.ª Obligaciones con cláusula penal y sin ella.

I.

7.—En el derecho romano y en el antiguo español tenía notables efectos la división de las obligaciones en *naturales*, *civiles y mixtas*. Naturales ó imperfectas se llamó á las que, aunque derivadas de un principio de justicia y apoyadas en la equidad natural, no tienen sin embargo, la sanción de la ley civil para ser exigibles, porque hay un interés social para abstenerse de darla, con el objeto de evitar un desorden ó perjuicio. Podría, en este concepto, parecer que no había ni hay para que referirse á obligaciones naturales

en un tratado de derecho civil, pero hay que tener presente que sí les atribuye la ley algún efecto civil, y es el de que, si bien no puede exigirse judicialmente el pago de lo que en virtud de ellas se adeuda; una vez pagado, ya no hay tampoco acción para recobrarlo. Así, la obligación de pagar lo perdido en una apuesta es sólo natural; por eso, la apuesta no dá derecho para reclamar judicialmente del que la perdió, la cosa ó cantidad apostada; pero si éste la pagó, y tenía la libre administración de sus bienes, y no hubo dolo en la apuesta, no puede pedir la devolución de lo pagado (1863 C.), pues con el hecho confirmó la obligación que siempre aparece que quiso imponerse. Ese principio se halla establecido por el Código de una manera general en el artículo 2264 que dispone que no pueda recobrarse lo pagado cuando, aunque no fuera exigible con arreglo á las leyes, se satisfizó sin embargo según la equidad, como si paga la mujer casada lo que compró sin licencia del marido. Si en los esponsales se estipula una multa, no hay acción para exigirla del que no cumple lo prometido; pero pagada ya, no puede reclamarse su devolución (116 C. C.) El reconocimiento de esta clase de acciones en contraposición á las civiles se hace también en el artículo 1953 al negar, en el depósito hecho en persona incapaz, acción civil si no es únicamente para reclamar lo que todavía existe ó se consumió en provecho del depositario. Otra cosa que conviene mencionar aquí es que aunque es nula la fianza que recae sobre obligación que no es civilmente válida, sí valdrá si la nulidad procede de incapacidad personal, con tal que el fiador haya tenido conocimiento de la incapacidad al tiempo de obligarse (2247 C. C.)

8.—Meramente *civiles* se llamaron aquellas en que todo el vínculo ó necesidad procede de la ley,

que, para establecerlas, parte de determinadas presunciones: tal era la de pagar la cantidad que, en documento dejado en poder del acreedor aparecía recibida de éste, en préstamo, sin haberse recibido efectivamente, cuando habían pasado dos años sin reclamar. Pero ni esta obligación, fundada en la presunción de recibo de la cantidad pasado ese tiempo; y en la presunción contraria, antes de vencido éste, se reconoce ya en los códigos modernos, incluso el nuestro, ni pueden considerarse como pertenecientes á esta clase las obligaciones hechas por fuerza ó miedo, que son los ejemplos que generalmente se aducen, porque probados debidamente, las obligaciones se anulan (1414, 2365 C. C.).

9.—*Mixtas* por último, que son las que propiamente merecen el nombre de verdaderas obligaciones jurídicas, son las que tienen su origen y apoyo en la justicia y equidad natural, y cuentan además con la sanción y garantía de la ley civil. El vendedor está obligado á pagar el precio de lo que compró: es una verdadera obligación apoyada por la ley y exigible ante las autoridades civiles, pero la ley no la ha establecido caprichosamente ó la ha inventado, sino que su sanción y apoyo determinan y dan fuerza á la obligación que ya existía por la razón y la equidad.

II.

10.—*Puras* ó simples son aquellas obligaciones que para su cumplimiento no están sujetas á condición ni á la llegada de día determinado: *condicionales*, aquellas cuyo cumplimiento depende de una condición; y *á cierto término ó día*, las que no son exigibles hasta que pasa ese término ó llega ese día.

11.—En las obligaciones puras ó llanas, el obligado

debe la cosa sobre que recae, y el acreedor puede pedirla, inmediatamente que han sido contraídas, como que nada hay que pueda legalmente suspender el ejercicio del derecho. Y si bien es cierto que hay algunos casos en que lo aplaza una disposición especial de la ley, puede decirse que en esos la obligación no es absolutamente pura sino que hay un término ó plazo establecido por ministerio de la ley. Casos de esa especie son todos aquellos de que se hará mención al hablar de las obligaciones á día cierto.

12.—*Condicionales*, según se ha expresado ya, son las obligaciones sujetas á una condición, esto es, á la realización ó no realización de un acontecimiento incierto. De las condiciones y de sus especies se trató ya en el título décimo cuarto del libro segundo, en los números 494 y siguientes, y ahora sólo hay que agregar á las divisiones allí apuntadas, la de *expresas* y *tácitas*. Las primeras son las que están terminantemente declaradas; y las otras las que proceden de una disposición legal, y se suponen ó presumen áun cuando no se hayan expresado. Así, todo contrato bilateral se supone celebrado bajo la condición de que el otro contratante cumpla la obligación en la parte que le concierne (1457 C.)

13.—En las obligaciones puede ponerse toda especie de condiciones honestas y posibles; y puestas, nada se debe y nada puede pedirse hasta el cumplimiento de ellas (1450 C. C.) Y si la condición que se hubiere puesto, fuere imposible ó contraria á las leyes ó buenas costumbres, se tiene por no puesta, de manera que no vicia la obligación, y esta se resuelve en pura (art. 242 del Dec. Ref. Nº 272.) Esa disposición mudó radicalmente la contenida en los dos primeros incisos del artículo 1451 y 1º del 2365 del Código Civil que declaraban no contraidas, esto es, nulas, las obli-

gaciones que se hacían depender de condición ilícita ó imposible. Con esta reforma, se puso ya de acuerdo la disposición general en punto de obligaciones y contratos con lo establecido respecto de donaciones (717 C.), respecto de herencia testamentaria (806, 821 C.) y respecto de instrumentos públicos (720 C. pr. civ.) Insostenible la explicación que hacían los tratadistas de derecho romano y del antiguo español para justificar el diverso principio y diversas consecuencias de las condiciones imposibles ó ilícitas según que se establecieran en testamentos ó en contratos, y consistía en decir que en los últimos debía de suponerse que los contrayentes habían querido burlarse, y no así en las disposiciones testamentarias en que se reputaba haber error; ó en que, en las obligaciones, la condición es la causa de la celebración y faltando la una, tiene que faltar la otra; mientras que en las herencias y donaciones se entiende que el objeto es favorecer; insostenible digo, esa explicación, y rarísimos por otra parte los casos en que, en herencia ó en contratos, se establezcan hoy condiciones de ese género, parece lo más racional declarar como regla constante que la condición imposible ó ilícita no vicia el acto al cual se impone. Lo imposible en el orden de la naturaleza, de la moral ó de la ley es como si no se hubiera mencionado: la obligación se convierte en pura, y deja así de tomarse como juego, una obligación que, en lo sustancial, puede perfectamente separarse del accidente de una condición ridícula ó criminal. Tener por no puesto lo imposible es lo que reclama la lógica. Hay sin embargo, códigos que mantienen todavía las antiguas doctrinas y diferencias de los expositores romanos y españoles; pero nuestra legislación está ya en el sentido expresado: de acuerdo con ella está la razón, y de acuerdo con la razón y con nuestra ley,

lo aceptado en muchas legislaciones modernas. Se entiende sí que no hay ni puede haber obligación si el cumplimiento se deja en absoluto á la voluntad de la parte obligada pues no hay entonces vínculo de ninguna especie á favor de otra persona.

14.—Puesto que la condición imposible no vicia la obligación, con mayor razón no la viciará tampoco, sino que se tendrá como no puesta, la condición de no hacer una cosa imposible, y la obligación quedará convertida en pura ó incondicional: así, la de venderte tal casa por mil pesos si no anduvieres cien leguas por hora. (Artículo 243 del Dec. N.º 272).

15.—El efecto natural de la condición suspensiva es, como lo dice la misma palabra, que no puede exigirse la obligación á que se impone hasta que ella se realice; y que si antes se exigiere judicialmente, pueda oponerse la excepción ó defensa de condición no cumplida. Mas, verificada la condición, hay que entregar la cosa que es materia de la obligación en el estado en que se halle, á no ser que se haya deteriorado por culpa de la persona obligada, que entonces será responsable por los daños (1455, 2263 C. C.). Si la obligación contiene no sólo la sujeción á que se verifique cierto acontecimiento, sino que se expresa además que suceda dentro de plazo determinado y fijo *v. g.* se deshará la venta si vuelve Pedro de Europa dentro de un año; en cuanto pase el término sin que la condición se realice, la obligación caduca y no se revalida aunque se cumpla más tarde; y caducará igualmente, ó se podrá exigir anticipadamente lo que constituye su objeto, si antes del plazo hay certeza de que ya no podrá realizarse, como si Pedro muriese fuera de aquí algunos meses antes del año (fr. 1.ª 1453 C. C.). Y si la condición, en los términos expresados, fuere negativa p. e. si no viniere Pedro de Europa en un año, se en-

tenderá cumplida en cuanto transcurra el término sin que se verifique, ó en cuanto llegue á ser cierto que el acontecimiento ya no podrá realizarse, como si, antes del año, ocurre la muerte de Pedro (fr. 2.ª 1453 C. C.)

16.—Cumplida la condición en la obligación condicional, se considera ésta eficaz desde que se contrajo, es decir, que se retrotrae al tiempo de la celebración, por ser una modificación; y los derechos y las responsabilidades todas que resulten, pasan á los herederos de los contrayentes, si éstos hubieren fallecido y si la obligación fuere de aquellas cuyos efectos son trasmisibles á los herederos (1454 C. C.) Antes del cumplimiento de la condición, el peligro ó deterioro y el aumento ó beneficio de la cosa, si es determinada, pertenece al acreedor; pero pereciendo, la obligación se extingue por falta de materia.

17.—También las condiciones resolutorias, es decir, aquellas de las cuales depende no el cumplimiento sino la extinción de una obligación, como la supernascencia de hijos estipulada por el donante, para la revocación de una donación, pueden ser *expresas ó tácitas*. *Expresas* como la que acaba de mencionarse, y tácitas como la que se supone en todo contrato bilateral, de que puede quedar sin efecto para el otro de los contratantes cuando uno de ellos falta al cumplimiento de la obligación en la parte que le concierne *v. g.* si el comprador no entrega el precio de la venta (1457 C. C.). El efecto de tales condiciones resolutorias es que, una vez realizadas, vuelven las cosas al estado que tenían antes de que la obligación se contrajera, lo mismo que si ésta no hubiese existido (1456 C. C.)

18.—Cuando la condición es afirmativa y no tiene término fijo, como si uno se obliga á entregar á otro una cantidad de pesos si va á Europa, en cualquier tiempo que vaya, tiene derecho de exigirla. Y si es

negativa y sin plazo determinado, como: si no fuere á Europa, parece natural que pueda pedirse bajo caución, ya que de otra suerte sólo aprovecharía á los hedereros. Sin embargo, hay jurisconsultos como Laserna y Montalbán que creen que no tiene cabida en este caso esa caución que en lo antiguo se llamó *muciana*, y que hay que esperar la muerte para tenerla por cumplida, á no ser que fuese de tal naturaleza la condición que, áun antes de ella, pudiera darse por realizada, como: si no dieres nunca tal cosa á tal persona; y la cosa pereciera ó muriese la persona á quien no había de darse.

19.—Si una parte impide el cumplimiento de la condición para libertarse de la obligación, hay dolo y se aplicará lo dispuesto para los casos en que media; de manera que aunque se anule el acto, el engañado tendrá derecho á indemnización por los daños de la inejecución, efecto que es el mismo que si la condición se hubiera realizado.

20.—En las condiciones de hecho personal, precisamente la persona ha de cumplirla y no sus herederos; pero si no se exigió eso y el hecho puede cumplirse por ellos del mismo modo, su ejecución dará igual resultado que si lo efectuara su causante.

21.—Cuando la condición se refiere á un acto único, se mira como indivisible, de suerte que lo prometido no puede pedirse si no se cumple del todo la condición, sin que baste que se llene en parte, ni áun para pedir parte; y por último, habiendo varias condiciones han de cumplirse todas, si hay conjunción; mas si fueren alternativas, elige el que ha de cumplir.

III.

22.—Obligaciones á cierto término son las que aun-

que no estén sujetas á una condición como las que acaban de expresarse, no son exigibles inmediatamente sino en cierto tiempo ó plazo que se fija: por ejemplo, la de pagar dentro de un año, ó después de la muerte de tal ó cual individuo. El plazo pues, puede ser fijo y determinado, como en el primero de los casos aludidos; ó para día incierto, es decir, que se sabe que llegará pero se ignora cuando, como en el segundo. Mas si la incertidumbre se refiriere á si llegará ó nó el día, como si se hubiera dicho: el día que Juan vuelva de Africa, la obligación se tendrá como condicional, y sujeta por tanto, á los principios que rigen para éstas.

23.—La regla general es que no puede pedirse el cumplimiento de una obligación que tiene plazo cierto, si no es cumplido éste, y que quien por error, la satisfizo antes de que se venciera, tiene derecho de que se le restituya lo pagado (1458, 1459 C. C.). En consecuencia, el deudor que, ántes del vencimiento, es demandado ordinaria ó ejecutivamente, tiene esa justa excepción (4. ° 569 y 1. ° y 4. ° 918 C. pr. civ.) y el caso se consideraba antes para el actor como uno de los de plus petición. Se exceptúa sólo el de que el deudor haya caído en quiebra, ó disminuya, por culpa suya, la garantía ofrecida al acreedor, que éste no tiene entonces que aguardar la llegada del plazo, ni que restituir, si por error se le ha anticipado ya el pago.

24.—Como aplicaciones particulares, modificaciones ó excepciones de estos principios, se ve que en las donaciones, herencias ó legados condicionales ó á día cierto, nada puede pedirse antes del cumplimiento de la condición ó de la llegada del plazo (726, 817, 886 C. C.). En el arrendamiento, aunque no esté vencido el plazo en que ha de pagarse la renta, se depositará de los frutos la parte que baste para satisfacerla oportuna-

mente, si el conductor ha sido moroso en el año ó años anteriores, y lo pide el locador ó lo solicita el fiador para precaverse del peligro de pagar (1700 C.C.). El depósito ha de entregarse luego que el deponente lo reclame, aunque se haya fijado plazo para la restitución, á no ser que se haya trasladado á otra parte la cosa depositada (1973 C. C.).

25.—El asegurado puede hacer el abandono antes del plazo y exigir la cantidad asegurada, desde que se haga constar la pérdida de lo que se hizo asegurar (1885 C.). El mutuante puede pedir que se le pague, antes del vencimiento del plazo, lo que dió á mutuo, si el deudor malversa sus bienes y no da la fianza que se le exija (1911 C. C.): el socio no puede pedir disolución de la sociedad antes del plazo convenido, á no ser por motivos muy justos, como de enfermedad que le inhabilite para los negocios, falta del otro socio al cumplimiento de sus obligaciones propias. ó por otras causas que sean graves y legítimas, á juicio del Juez (1819 C.) El comodante puede pedir la devolución de la cosa antes del plazo, si necesita de ella con urgencia imprevista, ó muere el comodatario, á menos que se haya prestado para un servicio particular que no pueda diferirse ó suspenderse (1935 C.). En la hipoteca, si la finca hipotecada disminuye de valor, por dolo ó culpa del dueño, puede el acreedor solicitar del Juez que se constituya nueva y competente garantía; y en falta de ésta, que se venda desde luego el inmueble para hacerle pago aún antes del plazo (292 Dec. de Ref. N.° 272). En la fianza, áun antes de que se cumpla la obligación principal, puede el fiador pedir que se le exonere de ella si él ó el fiador están para ausentarse de la República: si éste ha sufrido menoscabo en sus bienes de modo que se halle en riesgo de insolvencia: si ha pasado el tiempo

en que se estipuló que se le relevaría; ó si la obligación principal no tiene término fijo y la fianza no fuere á título oneroso. Aun antes de pagar, puede también pedir que se le aseguren las resultas de la fianza: 1. ° en cualquiera de los casos que acaban de expresarse. 2. ° cuando ha vencido el plazo de la obligación principal (324 Dec. de Ref. N. ° 272).

26.—Así como hay casos de excepción en que el acreedor puede pedir antes del plazo, los hay en que el deudor puede compeler á aquel á recibir antes la deuda. Así, antes del tiempo convenido con el mutuante, puede pagarle el mutuatario, pero sin mengua de los intereses correspondientes hasta el vencimiento, salvo pacto en contrario (277 Dec. de Ref. N. ° 272). Si el acreedor no admite el pago, tiene el deudor derecho de hacer consignación de la cantidad á costa y riesgo de aquel; y queda el fiador, si lo hay, eximido de toda obligación (2248 C. y 348 Dec. de Ref. N.° 272). El acreedor que, sin justa causa, no admite el pago del deudor, responde, respecto de la prenda que tenga, por el accidente ó caso fortuito que haya ocasionado su pérdida posterior (2003 C.)

27.—Se asienta como principio general que cuando se promete dar una cosa en cierto día, sin añadir otra especificación, se entiende el inmediato venidero: que si se ofrece dar algo cada año, se entiende al fin de cada uno: si en todos los años, al principio de cada cual de ellos; y si para principios de mes, en el mes próximo siguiente.

28.—Si una obligación es condicional y además tiene término ó plazo, cumplida la condición, todavía habrá que esperar á que llegue el día.

IV.

ORLIGACIONES ALTERNATIVAS Y COPULATIVAS.

29.—Obligación alternativa es aquella en virtud de la cual el deudor sólo está comprometido á una de dos ó más cosas en que se convino, de suerte que pagando cualquiera de ellas, queda completamente libre. Tal sería si se obligó á entregar tal caballo ó quinientos pesos; una casa ó una finca rústica (1460 C.) Copulativa, por el contrario, es la obligación por la cual una persona tiene que satisfacer dos ó más cosas á la vez, v. g. entregar tal solar y construir en él una casa; dar en determinado día, un reloj y doscientos pesos á una misma persona.

30.—En la obligación alternativa, la regla general es que la elección corresponde al deudor, á cuyo favor se hace la interpretación de lo que esté dudoso; y cumple con entregar cualquiera de las cosas que disyuntivamente se comprometió á dar (fr. 1ª 1460 C.); mas no está en su arbitrio dar parte de una cosa y parte de otra, porque eso sería dejar á su voluntad el cambio de los términos de la obligación. Si pagó las dos por error, puede recobrar la que quiera, y ese derecho pasa á los herederos.

31.—Si pereciere una de las dos cosas alternativamente debidas, cumple el deudor con entregar la otra, y á ello está obligado: si las dos, ó todas si fuera mayor el número, hubieren perecido, la obligación queda reducida á entregar el valor; y como tenía el derecho de elección de la cosa, satisface con pagar el precio de cualquiera de ellas. Mas si acaso el acreedor se

hubiere reservado la elección, como puede hacerlo, tendrá derecho de pedir la que quiera de las cosas existentes, pues la limitación á que está sujeto es la de pedir una sola, pero la que elija entre todas; ó si hubieran perecido, el valor de la que escoja (fr. 2ª 1460 C.)

32.—Hay algunos casos en que la misma ley establece el derecho del deudor para elegir, de suerte que la alternativa puede llamarse legal, ó más bien, se reduce propiamente al derecho de opción. Así, en el legado de una cosa indeterminada, mueble ó inmueble, la elección corresponde al encargado de pagarlo, si el testador no dispone lo contrario (164 Dec. de Ref. N.° 272). La venta puede tener por objeto dos ó más cosas alternativamente (1482 C.); y para que se considere así, es necesario fijar el precio de cada una de ellas, y dejar la elección á uno sólo de los contratantes (1483 C.). Si en la promesa recíproca de compra venta, se acordó, disyuntivamente, ó cumplir el convenio, ó pagar una multa, determinada en su cantidad; pagada ésta, cesa la obligación de cumplir lo prometido (1505 C.) Pero si el acuerdo no fué alternativo, el que rehusare cumplir, corrido el tiempo fijado para la venta en el convenio, será obligado á cumplir el contrato y al pago de la multa y de los gastos del juicio (1506 C.)

33.—Cuando hace un pago el que es deudor de alguno por diversas obligaciones, tiene derecho de declarar cual es la deuda á que ha de aplicarse (fr. 1.ª 2314 C.)

34.—Entre varias acciones judiciales, el demandante elige: en el embargo de bienes, el ejecutado tiene derecho de escoger los que presente á la traba, pero guardando el orden legal, y salvo el caso de prenda ó hipoteca (203 Dec. N.° 273).

35.—En la obligación conjuntiva ó copulativa, el

deudor tiene que satisfacer todas y cada una de las cosas á que se obligó; y por satisfacer una, no se exime del pago de las otras.

V.

OBLIGACIONES SIMPLES Y CONJUNTAS.

36.—La obligación puede contraerse por una sola persona á favor de sólo otra; por dos ó más personas á favor de una sola; por una sola á favor de dos ó más; ó por más de una persona á favor también de más de una. En el caso primero, es decir, cuando uno solo se obliga á favor de sólo otro, la obligación es simple: en todos los demás, es decir, siempre que por la obligación responden dos ó más como deudores, ó se contrajo á favor de dos ó más como acreedores, la obligación es conjunta.

37.—Las obligaciones conjuntas pueden ser puramente tales, ó solidarias. Serán lo primero, si las personas obligadas lo quedan á prorrata, es decir, proporcionalmente á su número; ó los acreedores sólo tienen derecho de exigir en el mismo concepto, es decir, la parte que les toca según su número. Así, si dos personas se obligan conjunta pero no solidariamente, á pagar tres mil pesos á otra, cada una vendrá obligada por mil quinientos: si son tres, cada una por mil. Lo mismo sucederá si uno se obliga á pagar conjunta pero no solidariamente, á dos personas, tres mil pesos: cada una de ellas sólo tendrá derecho de exigir al deudor la mitad: si son tres, la tercera parte, y así sucesivamente. Serán solidarias, que nuestro Código confunde con mancomunadas, á diferencia de la mayor

parte de las legislaciones antiguas y modernas y de todos los expositores de derecho que llaman mancomunada á la obligación puramente conjunta, y solidaria á la otra, lo cual es más conforme á la verdadera significación de las palabras y á la claridad de las ideas; serán solidarias, digo, aquellas en que cada uno de los deudores es responsable por el todo de la obligación, ó cada uno de los acredores tiene derecho de exigir el todo. Así, si dos se obligan solidariamente á pagar mil pesos á una persona, ésta tiene derecho de exigir de cualquiera de ellas toda la cantidad: si uno se ha obligado á pagar á dos personas, solidariamente, mil pesos, cualquiera de ellas puede reclamarle la totalidad. Según acaba de decirse, en todas las legislaciones la obligación puramente mancomunada se opone á la solidaria: en la nuestra es al revés; obligación mancomunada y obligación solidaria, significan para la ley una misma cosa; (1461, 1464 C.) por lo cual, he llamado á la otra obligación simplemente conjunta. Conviene fijar mucho la atención en este punto, pues prácticamente podría dar lugar á errores y consecuencias trascendentales por el hábito de tener como diverso lo mancomunado y lo solidario; hábito formado con dar á las palabras la acepción que hasta ahora le habían dado todos en lo forense.

38.—*Obligación puramente conjunta.* Se ha dicho cuál es. Todas las obligaciones en que hay varios deudores de una misma cosa ó cantidad, se reputan puramente conjuntas, á no ser que conste lo contrario, es decir, que se hayan obligado juntamente y con mancomunidad ó solidaridad expresa, pues no se presume. Faltando esa expresión de la voluntad de los obligados, lo quedarán sólo en la parte de que cada cual se haya constituido responsable; y si no se hubiere puntualizado cuál era ésta, por partes iguales en

proporción al número: por la mitad si son dos: por el tercio si tres, por la cuarta parte, si cuatro & (1471 C.).

39.—Consecuencia de ésto es que para que la prescripción de una obligación se interrumpa respecto de todos los deudores no solidarios, se requiere el reconocimiento ó citación de todos (682 C.). Por analogía, ha de establecerse igual principio respecto de los acreedores.

40.—En caso de duda racional, las obligaciones se reputarán puramente conjuntas y no solidarias, por el principio de que no debe extenderse la obligación del deudor á aquello que no conste claramente ó no esté determinado por la ley. Esta declara, en algunos puntos en que pudiera suscitarse disputa, la naturaleza puramente conjunta de la obligación: así, dice que todos los socios quedan *igualmente* obligados por la deuda de que la sociedad se ha aprovechado (1805): que por las deudas de la sociedad, los socios no están obligados solidariamente á favor de un tercero, sino en proporción á sus capitales (fr. 1ª 1806 C.); y que cuando contratan directamente con un tercero, sin expresar la proporción en que se obliga cada uno, le quedan responsables por iguales partes (fr. 2ª id.).

41.—*Obligaciones solidarias. Obligación solidaria*, que en nuestro Código equivale á *mancomunada*, y que también se llama *in solidum*, *por el todo*, es, según queda dicho, aquella en que hay dos ó más acreedores, con derecho cada cual á pedir el total cumplimiento de ella (1461 C.); ó en que hay dos ó más deudores, de cualquiera de los cuales puede exigirse, en su totalidad, el cumplimiento (1464 C.). Para que una obligación se tenga como solidaria ó mancomunada, se requiere, conforme á lo que antes se dijo, que haya mancomunidad expresa; y la obligación solidaria, según la explicación hecha de ella, podrá ser solidaria

de parte de los acreedores solamente, ó solo de parte de los deudores, ó de parte de acreedores y deudores. Las más frecuentes y de diaria aplicación son las segundas: es decir, de varios deudores á favor de un acreedor.

42.—1º *Obligaciones solidarias de parte de los acreedores.* Cuando hay varios acreedores solidarios, cualquiera de ellos puede exigir del deudor el total importe de la deuda ó el cumplimiento íntegro de la obligación. Si Pedro y Juan son acreedores solidarios de Antonio por mil pesos, cualquiera de ellos tiene derecho de reclamarle el pago total de la cantidad: y pagándola al que se la haya exigido, queda libre respecto del otro (1462 C.), pues su obligación es solo de pagar mil pesos, y lo ha verificado. Se entiende, siempre que, como en el caso supuesto, haya hecho el pago ó cumplido la obligación al acreedor que lo exigió primero pues, en virtud de esa reclamación, pierde la facultad que de otro modo habría tenido de pagar al otro. Procede lo dicho, áun cuando este último entablara posteriormente demanda judicial, ya que su morosidad debe perjudicarle, y no obstar al derecho del que fué más diligente y lo hizo valer primero. La circunstancia de ser solidarios los acreedores no significa, sin embargo, que el que cobró la suma tenga derecho de retenerla íntegra para sí y se aproveche él solo del cumplimiento de la obligación, sino que el deudor queda enteramente libre respecto de todos, pero los acreedores, entre sí, tienen acción de pedir que se divida lo cobrado, por partes iguales, ó como lo hayan convenido.

43.—Todo hecho que interrumpe la prescripción respecto de uno de los acreedores solidarios, aprovecha á los demás (683, 1463 C.), porque siendo la acción y la deuda una sola, si subsiste en favor de uno, sub-

siste en favor de todos, pues con el mismo derecho con que puede uno de ellos pedir el pago, puede poner en beneficio de todos, un acto que se oponga á la prescripción. Así pues, si uno de los acreedores solidarios, aunque sea sin intervención ni consentimiento del otro ú otros, demanda judicialmente al deudor, la prescripción interrumpida con su demanda, queda interrumpida no solo á favor suyo, sino á favor de los demás.

44.—La remisión ó perdón que uno de los acreedores haga de la totalidad de la deuda, no perjudica á los demás, porque él no puede disponer de la parte de ellos, á no ser que él quiera pagarla y ellos consientan; pero sí podrá hacer remisión parcial, esto es, de la porción que á él le correspondiera porque á ella tiene perfecto derecho; y entonces, el otro ú otros acreedores solo podrán exigirle el resto, deducida aquella parte. Lo mismo sucedería si el deudor ha pagado al acreedor la parte que á éste tocaba, ó si uno de los acreedores llega á ser heredero del deudor, ó éste de uno de los acreedores. La confusión no extinguirá la deuda respecto de los demás si no es en la parte que correspondía al acreedor con quien se verificó (639, 1465 C.).

45.—2° *Obligaciones solidarias de parte de los deudores.* Se ha dicho ya cuales son éstas y que son las más frecuentes. Aunque en ellas han de ser unos mismos el acreedor y el objeto de la obligación, puede la convención tener diferentes modificaciones p. e. ser para uno de los deudores, pura; y para el otro, condicional; y entonces, solo se le podrá exigir á cada cual conforme á los términos en que se haya obligado. En consecuencia, las excepciones provenientes de la naturaleza misma de la obligación, pueden oponerse por cualquiera de los deudores, y alegadas por quien quiera de ellos, aprovechan á todos; pero las que sean me-

ramente personales, solo pueden alegarse útilmente por aquel á quien se conceden; y solo á él, y no á los otros, aprovechan.—En los demás casos, que son los comunes, el acreedor puede exigir la deuda indistintamente, ya á la vez y á prorrata de todos los deudores, pues el hacerlo contra uno solo es derecho suyo, del cual puede ó no usar á su arbitrio; ya la totalidad, de cualquiera de los obligados.

46.—Aquel contra quien el acreedor endereza su acción, no puede libertarse ofreciendo solo su parte proporcional, ni pretender que la acción se dirija contra los otros, pues en lo contrario consiste cabalmente la naturaleza de la obligación solidaria; así es que es ridícula la renuncia del beneficio de división, que supone que lo tienen, cuando realmente no lo gozan. Si resultare insolvente el deudor contra quien se dirigió la demanda, puede el acreedor dirigirla contra los demás, ó contra cualquiera de ellos por el todo, inclusa la parte del insolvente, pues la garantía que le da el caracter solidario de la obligación es de ser íntegramente pagado por cualquiera de los deudores que pueda hacerlo. Parece sí natural y procedente que encaminada la acción contra uno, no pueda dirigirse contra los demás mientras no resulte la insolvencia, y en este sentido hay declaraciones expresas en otras legislaciones, y las teníamos nosotros antes de los Códigos.

47.—La interrupción de la prescripción respecto de uno de los deudores solidarios, es interrupción también respecto de los demás (638, 1470 C.), ya que es una misma la obligación, á lo cual es consiguiente que la demanda hecha contra uno, perjudique á todos en punto de causarse intereses y de los otros efectos que la citación produce.

48.—Si la cosa pereciere por tardanza ó culpa de uno de los solidariamente obligados, no por eso se liberta-

rán los otros de pagar el precio, pero sí de pagar los daños é intereses, porque la falta personal de uno de ellos no ha de perjudicar á los otros que no tuvieron parte en esa falta.

49.—La remisión de la deuda hecha por el acreedor en favor solamente de uno de los deudores, ó limitada á una parte de aquella, reservándose el derecho de reclamar de los otros, es remisión de la parte que aquel debía pagar; y en consecuencia, no extingue la obligación de los demás por el resto, deducida esa parte. Mas si el acreedor ningún derecho se reservó, ni se expresó que la remisión era solo de la parte de aquel deudor, extingue la obligación respecto de todos los demás (2317 C.).

50.—No se reputará que el acreedor renuncia á los derechos que le da la mancomunidad de los deudores solidarios si no es que conste expresamente su voluntad (1466 C.). Esto puede resultar de declaración que haga, ó de algún hecho positivo,como si aceptase como heredero único la herencia de uno de los deudores, ó alguno de estos la de él, que entonces se confunden sus derechos, por lo que á él corresponde. Pero la mancomunidad subsiste respecto de los otros, salvo en la parte correspondiente á aquel deudor (1465, 2323 C.). Por igual razón, si consiente en la división respecto de uno, subsiste la obligación solidaria para los otros, pero deducida la parte de aquel á quien se exoneró (679 C.).

51.—Si hay novación por sustitución de uno de los deudores, los co-deudores solidarios quedan libres de toda responsabilidad, á menos que se hayan obligado también en el nuevo contrato (2342 C.). Pero la cesión de bienes de uno de los deudores solidarios, como es personal, no aprovecha á los demás para tenerlos por desobligados hacia el acreedor (2379 C.).

52.—El deudor solidario que paga el todo, extingue la obligación de todos los demás para el acreedor, que queda ya íntegramente satisfecho, y por lo mismo, nada puede ya exigir de los otros; pero sí puede reclamar de éstos aquel que pagó, la parte que les corresponde; y será, para cada cual, no la totalidad sino la porción que esté convenida, ó en falta de convenio, la parte proporcional al número. Si uno de los co-deudores solidarios fuere insolvente, su parte se distribuye proporcionalmente entre todos, incluso el que satisfizo la obligación, para su pago (1469 C.).

53.—Puede el acreedor aceptar de uno de los deudores la parte proporcional que á éste corresponde en la deuda; y puede exonerarlo, respecto de él, de la solidaridad, es decir quedar obligado á no poder ya dirigirse contra él por el todo. Más esta exoneración no surte efecto más que entre el acreedor y el deudor, de suerte que si el acreedor reclama el resto, deducida esa parte, de cualquiera de los otros, y hay algunos insolventes; podrá reclamar el que pague, la parte de los insolventes, á los compañeros solidarios, incluso aquellos que habían pagado al acreedor. De otra suerte, el acreedor, por su sola voluntad, podría destruir efectos de una obligación que no se refieren á él sino á los otros deudores.

54.—Para concluir esta materia tan importante y de diaria aplicación, conviene advertir que la solidaridad puede ser convencional y legal. La primera se forma por convenio: la segunda se constituye en algunos casos, sin necesidad de él, por disposición de la ley. Tales son principalmente, los que siguen:

1.° Cuando el Juez determine que la tutela de los hijos de un matrimonio anterior continúe en la madre que pasa á segundas nupcias, ha de darle necesariamente por contutor á su nuevo marido, quien será so-

lidariamente responsable con su mujer de la administración posterior al matrimonio(316 C.).

2.° La responsabilidad por daños y perjuicios de los que toman para otro la posesión de una cosa cometiendo fraude ó causando daño, es mancomunada con las personas para quienes se adquiere si ellas hubieren dado órdenes ó instrucciones para abusar y fueren mayores y capaces (531 C.).

3.° Es solidaria la responsabilidad de los albaceas mancomunados (905 C.).

4.° La obligación del sub-arrendatario es solidaria con la del conductor, si éstos lo han pactado así; ó si el conductor y el dueño estipularon en el contrato principal que esta clase de obligaciones resultaría en caso de sub-arrendamiento (1719 C.).

5.° Cuando se ha dado en comodato una cosa á dos ó más personas para que la usen al mismo tiempo, todas son responsables solidariamente (1946 C.).

6.° Cuando el mandato ha sido constituido por muchas personas para un negocio común, cada una de ellas está obligada solidariamente por los efectos del mandato (2206 C.).

7.° Si muchas personas son culpables de un daño, son solidariamente responsables, á no ser que pueda determinarse la parte del daño causado por cada una (2289 C.).

VII.

OBLIGACIONES DIVISIBLES É INDIVISIBLES.

55.—*Divisible* es la obligación que tiene por objeto una cosa ó un hecho en que cabe división, como la de

pagar una suma de dinero: por el contrario, es indivisible la que no la admite, como la de soportar una servidumbre. Esta división tiene su principal importancia en los diversos efectos que de las unas y de las otras resultan para los sucesores de aquellos que las contrajeron.

56.—En las obligaciones divisibles, los herederos del acreedor, en representación de éste, solo pueden pedir lo que corresponda á la parte en que han sido instituidos; y sólo por lo correspondiente á ella, tienen que pagar el deudor ó sus herederos. Si el crédito es hipotecario, y después de constituido se divide la finca en dos ó más, no se distribuye entre ellas el crédito, que es indivisible, si no es que acreedor y deudor lo acuerden así; y no verificándose esa distribución, puede el acreedor repetir, por la totalidad de la suma garantida, contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera ó contra todas á la vez (2030 C.). Si la deuda consiste en cosa cierta y determinada que se adjudicó á uno de los herederos, se exige de éste, y él tiene derecho de reclamar á los otros; mas si, sin culpa suya, hubiere perecido la cosa, el valor lo pagarán todos.

57.—En las obligaciones indivisibles, los herederos del deudor no pueden pretender que se les reclame solo en cuanto á su parte: el acreedor puede dirigir la acción contra todos, si por todos puede ser ejecutada la obligación; y si por uno solo, contra él, y éste reclamará después, en su caso, contra los otros, por indemnización. Tal sería en la promesa de una servidumbre que no llegó á usarse en vida del promitente.

58.—Cada uno de los herederos del acreedor puede exigir la obligación indivisible, pero no permutarla ni remitirla; y como no es solo él quien tiene derecho, si

por la inejecución se adeudan intereses, todos participarán de ellos.

VIII.

OBLIGACIONES CON CLÁUSULA PENAL Ó SIN ELLA.

59.—Pueden contraerse las obligaciones señalando una pena para el caso de falta, con el objeto de tener mayor seguridad respecto del cumplimiento. Hay pues, obligación con cláusula penal, cuando el deudor se compromete á pagar cierta cantidad, ó á dar ó hacer alguna cosa, en los casos de demora ó falta de cumplimiento de aquello que ofrece (1472 C.).

60.—La cláusula penal, como accesoria de la obligación principal, es dependiente de ella, y por lo mismo, no tiene efecto si el contrato es nulo. Mas no porque sea nula la cláusula penal, se anulará la obligación á que se añadió, porque bien puede subsistir lo principal aunque falte alguno de sus accesorios. (244 Dec. de Ref. Nº 272.).

61.—El efecto de la cláusula penal añadida á una obligación es que, faltándose á ésta, el acreedor, á su arbitrio, puede pedir el cumplimiento de ella ó la aplicación de la pena al que se comprometió á soportarla, mas no á los demás obligados que no la hubieran aceptado; pero no puede pedir ambas cosas, á no ser que se hubiera estipulado la pena por el simple retardo (1474 C.); ó que expresamente se hubiese convenido que, por cualquiera falta en el cumplimiento de la obligación, tendría derecho el acreedor de pedir copulativamente la ejecución de ella y la pena fijada, como en el caso de promesa de venta (1506 C.).

62.—Cuando la cláusula penal está agregada á la obligación de no dar ó de no hacer, hasta la muerte de aquel á quien se refiere se extiende el plazo de la condición, pues hasta entonces no hay lugar al cumplimiento, si bien parece oportuno, como se dijo en otra parte, que para esos casos se admitiera caución.

63.—Para terminar, conviene advertir que según el artículo 922 del Cód. de pr. civ. si el título ejecutivo contiene obligación de hacer, y esto es lo que se pide, el Juez señala un término prudente para que lo realice el obligado, resolviéndose, de lo contrario, en pago de daños y perjuicios (196 Dec. 273). Y según el 923 del Código citado de procedimientos, si en el contrato se estableció alguna pena, por el importe de ésta se decreta la ejecución.

PARRAFO TERCERO.

DE LOS MODOS DE EXTINGUIRSE LAS OBLIGACIONES.

64.—Modos de extinguirse las obligaciones son todos aquellos hechos ó causas mediante los cuales queda libre de ellas la persona que las contrajo. Son modos de extinguirse las obligaciones 1º el pago: 2º la oblación y consignación: 3º la compensación: 4º el perdón voluntario ó condonación: 5º la novación: 6º la destrucción ó pérdida de la cosa; y 7º el mutuo disenso (2298 C.).

65.—Se acaban también las obligaciones por prescripción (629 C.); y por la cesión de bienes que es una especie de pago, hasta la cantidad en que sean satisfechas con los bienes cedidos.

66.—Fuera de estos medios generales, hay otros especiales para extinguir ciertas obligaciones como las de la patria potestad, del matrimonio, de la tutela, las cuales constan de sus títulos respectivos.

67.—Las obligaciones sujetas á rescisión se disuelven también por sentencia ejecutoria en que así se declare.

68.—La condición resolutoria que es aquella cuyo cumplimiento produce la resolución de la obligación, dejando las cosas en su primer estado, es modo también de extinción.

69.—En título separado se irá tratando de cada uno de aquellos modos de acabarse las obligaciones, que no tengan lugar más propio en otra parte.

TITULO SEGUNDO.

DEL PAGO Ò SOLUCION.

70.—El pago efectivo es el modo principal con que terminan las obligaciones, y es en sentido jurídico, *el cumplimiento de la obligación por el deudor ó por otro á su nombre* (2300 C.).

71.—Legalmente pues, no es pago solamente la entrega de una cantidad: paga también el que entrega la cosa que debe, aunque no sea una cantidad de dinero, y paga el que presta el servicio á que está comprometido. En el pago hay que considerar: 1º quién puede pagar: 2º á quién debe pagarse: 3º cómo debe hacerse el pago: 4º cuándo debe hacerse: 5º dónde debe hacerse: 6º cómo se hace la imputación de pagos; y 7º la subrogación de derechos mediante el pago.

I.

72.—En primer lugar, puede verificar el pago el mismo deudor (2300 C.): puede también verificarse por un tercero, en nombre del deudor ó en su propio nombre; pero expresando que no se sustituye al acreedor (fr. 1ª 330 Dec. de Ref. N.° 272), pues si se hiciera sustituyéndose, el deudor quedaba con su obligación viva, y lo único que habría en realidad era un cambio en la persona del acreedor, porque la acción solo se había extinguido para el que lo era primitivamente, pero había sido remplazada por la del que lo sustituía.

73.—Podrá verificar el pago cualquiera persona que tenga algún interés en el cumplimiento de la obligación: podrá hacerse también por un tercero no interesado que proceda, consintiéndolo expresa ó tácitamente el deudor; y puede hacerse igualmente por un tercero, ignorándolo el deudor, porque todo el interés del acreedor está en ser íntegramente satisfecho, y aquel que así pagó, tendrá acción para que el deudor le reembolse lo pagado, puesto que hizo negocio de aquel; pero sin quedar subrogado, por ministerio de la ley, en el lugar ni en los privilegios y garantías del acreedor ni poder compeler á éste á que lo subrogue en ellos (fr. 2ª 330 Dec. de Ref. N.° 272.). Puede por último, hacer el pago un tercero, áun contra la voluntad del deudor, pero en este caso no debe tener acción para que el deudor le reembolse lo pagado, puesto que á sabiendas de su resistencia verificó el pago, á no ser que el acreedor le ceda voluntariamente su acción (fr. 3ª 330 Dec. de Ref. N.° 272). El principio de que el pago puede hacerse por el mismo deudor ó por un tercero es absoluto respecto de todas las obligaciones de dar, porque entonces,

con tal que se dé ó entregue la cosa al acreedor, es indiferente para éste que se haga por uno ó por otro; pero en las obligaciones de hacer no sucede generalmente otro tanto. Si es un artista el que se ha comprometido á ejecutar una obra, no puede otro que no tenga la gracia, habilidad y conocimientos de aquel, obligar al acreedor á tomar la que él hace en su nombre; así que las obligaciones de hacer no pueden, por regla general, cumplirse por un tercero, salvo que lo consienta el acreedor, ó que sea del todo indiferente la calidad del ejecutor (2302 C.).

74.—Para hacer pago válidamente es necesario ser dueño de lo que se da en pago, y hábil para enajenarlo (2303 C.). Este principio, sin embargo, solo debe entenderse de un modo absoluto respecto de los casos en que por el pago debe transferirse la propiedad á aquel á quien se paga, pues cuando el comodatario ó depositario, por ejemplo, pagan devolviendo al propietario la cosa dada en comodato ó depósito, sería absurdo exigir para la validez del pago, que fuesen dueños de ella. Desde luego se entiende que, áun en el pago en que se ha de transferir el dominio, tanto da ser dueño de la cosa que se paga, cuanto proceder con el consentimiento del dueño.

75—Necesitándose, para la validez del pago, habilidad para enajenar, no podrán pagar los que no pueden disponer libremente de sus bienes (691 C.), como los menores, los incapaces, la mujer casada sin licencia del marido, etc. Sin embargo, el que con buena fe recibió en pago, de quien no podía pagar, cosas fungibles, sólo estará obligado á devolver lo que no ha consumido, salvo los derechos del dueño y del acreedor para exigir del deudor el reintegro de lo que á cada uno le falte con los intereses y la reparación de daños y perjuicios (2304. C. y 331 Dec. de Ref. Núm. 272) Esta excep-

ción que, como se ve, requiere dos circunstancias, que lo que se paga sea en cosas fungibles y que tenga buena fe aquel á quien se pagó, está fundada en la equidad, con la cual no sería conforme que el acreedor debiera restituir lo que ya consumió de buena fe y créyendose con título justo para consumirlo; pero, como advierte Goyena, pueden fácilmente discurrirse casos de pagos hechos con dinero hurtado, en que la equidad y la justicia aboguen más por el robado que por el acreedor.

76.—Queda sujeto á rescisión y puede revocarse, el pago hecho en estado de insolvencia por obligaciones á cuyo cumplimiento no podía ser compelido el deudor al tiempo de hacer la solución (2362. C.) El Código declaraba que la acción para pedir la resción duraba dos años desde que la obligación se contrajo; mas ese plazo se redujo á un año por el Dec. de Ref. Núm. 272. (art. 350) para ponerlo de acuerdo con el 2110, y debe completarse, cuando se trata del pago, diciendo que se cuenta desde la fecha en que éste se verificó.

77.—Conforme al Código de Comercio son nulos, relativamente á la masa, los pagos anticipados, sean de deuda civil ó comercial, y sea cual fuere la manera en que se verifiquen, siendo ejecutados despues del día á que se refiere la cesación de pagos, ó dentro de los diez días que la han precedido (2. ᵃ 1232. C. Com.) Los pagos de deudas vencidas, verificados entre la cesación de pagos y la declaración de quiebra, podrán rescindirse, si los acreedores pagados hubieren procedido con conocimiento de la cesación (fr. 1. ᵃ 1233 id); y si el fallido hubiere pagado en el mismo período letras de cambio ó billetes á la órden, no podrá exigirse la devolución de lo pagado sino de la persona por cuya cuenta se hubiere verificado el pago, probando que tenía conocimiento

de la cesación en la fecha en que fué girada la letra ó endosado el pagaré (1.234 C. Com.).

78.--El deudor, durante las esperas, no puede hacer pago particular ni privado á ninguno de los acreedores que se las concedieron: sólo puede hacerlo con intervención del Juez y noticia de los demás acreedores (1464 C pr.) Cualesquiera pagos ó entregas que se hagan al actor por resultado del juicio contra un ausente que no fué citado ó que no dió instrucciones, serán bajo fianza de resultas, la cual queda cancelada á los cuatro años, si ántes no lo ha sido con intervención del ausente, de su apoderado ó de sus herederos (128 C. pr.)

II

79--Para que el pago sea válido y extinga la obligación debe hacerse al acreedor mismo, bajo cuyo nombre se comprenden todos los que hayan sucedido en el crédito, aun á título singular; ó al apoderado con facultad de percibir la deuda, ó á la persona designada por la ley, ó por el Juez (2.505C). Es claro que nada se adelanta con pagar á persona diferente de aqnella á quien se debe, y es igualmente claro que cuando la persona que tiene la libre administración de sus bienes constituye apoderado, con facultad de recibir el pago, verificándolo el deudor, acaba la obligación. Para que el apoderado tenga facultad de recibir pagos, necesita cláusula ó poder especial para el efecto (inc. 8º. 135 C. pr.) No basta pues, el poder general que no tenga esa cláusula especial, ni basta tampoco el poder conferido por el acreedor á una persona para demandar en juicio al deudor, porque cabe muy bien que se tenga confianza en una persona para la prose

cución del litigio, y que no se tenga para que perciba las cantidades que como resultado de él se obtengan.

80.—Aunque la regla general es que no vale el pago hecho á persona no autorizada legalmente, hay sin embargo tres casos de excepción: 1. º cuando el acreedor aprueba y ratifica el pago que se hizo, porque tal ratificación surte entonces los efectos de un poder anterior: 2. º cuando el acreedor se ha aprovechado del pago, por ser contrario á equidad y justicia que después de eso rechazara su validez (2305 C.); y 3. º cuando la persona á quien se hizo el pago estaba en posesión de cobrar, áun cuando después se le quitara la posesión (2306 C.). Estar en posesión de cobrar significa gozar pacificamente de la calidad de acreedor, así es que el heredero declarado tal sin perjuicio de tercero, ó el poseedor definitivo de los bienes de un ausente, están en posesión de los créditos hereditarios, y los pagos que les hagan los deudores de la sucesión son válidos, aunque después se les quite la calidad de herederos. Del mismo modo, está en posesión de cobrar el tenedor de documentos pagaderos al portador; y el que á él se los paga y los recoge, no queda sujeto ya á reclamación. Cosa análoga sucede cuando, aunque se haya revocado el mandato y notificado la revocación al mandatario, no tenía ni estaba obligado á tener conocimiento de ella el deudor (2211 C.); y también queda libre el deudor que pague al cedente si es antes de habérsele hecho saber la traslación del crédito (1634 C).

81.—En algunos casos no es el acreedor mismo el que designa á su representante para recibir pagos, por que carece de capacidad para recibirlos él mismo ó por otro motivo, y entonces el pago ha de verificarse al que designa la ley ó el Juez. Así, al tutor debe pagarse lo que se debe al menor: al marido lo que se debe á la mujer casada, á menos que la deuda sea por parafer-

nales; y al curador lo que se debe al incapacitado. Así también, declarado el concurso de una persona, no puede hacerse pago válidamente á ella sino que toca al Síndico cobrar cuanto se le adeuda para entregarlo al depositario y llevar la cuenta respectiva (4.º 1421 C pr.). El Código de Comercio contiene sobre el particular disposiciones más expresas. El auto declaratorio de quiebra debe contener la prohibición de entregar y pagar mercaderías al fallido, bajo pena de nulidad de los pagos y entregas (5.º 1215); y desde la hora en que se pronuncia la declaración de quiebra, aquel queda de derecho separado de la administración de todos sus bienes (1227 C.).

82.—Consecuencia natural de que cuando las personas tienen un representante, dado por la ley ó por el Juez, por estar privadas de la administración de sus bienes, á él debe hacérsele el pago, es la de que el hecho á los menores, locos ó fatuos, no extingue la obligación si se hace sin conocimiento de sus tutores ó guardadores; y aunque la ley hablaba simplemente de conocimiento, debe entenderse que se refiere á autorización, y así se consignó en la reforma de ella (fr. 1.ª 332 Dec. de Ref. núm. 272).

83.—No obstante lo dicho, si en el caso mencionado se prueba que lo pagado se invirtió en alimentar ó medicinar á los menores, locos ó fatuos, aunque sea en ausencia de los guardadores, concluye la obligación en la parte pagada, invertida en esos objetos (fr. 2.ª 332 Dec. 272); y la razón es porque habiéndose aprovechado el pago para una erogación indispensable y urgente, no sería tolerable que no se abonara al deudor.

84.—Aunque el acreedor tenga en general capacidad para administrar sus bienes, no extingue su obligación el deudor que le paga después de estar notificado judicialmente para que no lo verifique (2308 C.).

Si se embarga pues, un crédito cualquiera, ú ordena el Juez que se retenga á su disposición, y eso no obstante, el deudor lo paga al acreedor, no será válido el pago: si se previene judicialmente á un arrendatario que los alquileres ó arrendamientos los entregue al depositario nombrado, y no al propietario de la cosa, tampoco tendrá valor el pago hecho á éste. Ni puede ser de otro modo, puesto que se desprecia la providencia judicial, dando lugar á colusiones y fraudes en perjuicio de los acreedores.

85.—Algunos sostienen que la disposición mencionada sólo favorece á los acreedores que obtuvieron é hicieron notificar la providencia judicial y que los otros no pueden aprovecharse de ella; pero los términos del artículo son generales sin distinción, y en virtud de eso, parece más legal sostener que, sea cual fuere la procedencia de la prohibición, el pago verificado en contravención á ella, no debe ser válido respecto de ningún tercero. Por el mismo principio, el embargo ú órden de retención hará que no pueda disponerse de ninguna parte de la deuda embargada, aunque exceda de la cantidad por cuyo reclamo se ordenó el embargo ó la retención.

86.—Cuando el deudor estaba obligado á entregar especie determinada é hizo la entrega contra la prohibición judicial, debe responder además por los daños que sufra la especie (2309 C.), disposición que parece innecesaria, ya que no teniendo valor el pago, hay obligación de reponer la especie.

87.—Es de advertir que cuando una persona ha sido designada por ambos contratantes para recibir, no debe perder tal facultad por sólo la voluntad del acreedor; pero éste podrá ser autorizado por el Juez para revocar el encargo en todos los casos en que el deudor no tenga interés en oponerse á ello. Y si se ha es

tipulado que se pague al acredor mismo ó á un tercero, se paga válidamente á cualquiera de los dos, sin que pueda el acreedor prohibir que se haga el pago al tercero, á menos que antes de la prohibición haya demandado al deudor ó que pruebe justo motivo para ello. Los dependientes, encargados de vender por menor en almacén público, se reputan autorizados para cobrar el producto de las ventas que hacen; y la misma facultad tienen los dependientes que venden en almacenes por mayor, siempre que la venta sea al contado, y el pago se verifique en el mismo almacén (127, 128 C. Com.).

III.

88.—El pago debe hacerse precisamente de la cosa que se debe, así es que no puede obligarse al acreedor á recibir una distinta, aunque el valor de la ofrecida sea igual ó mayor que el de la otra (fr. 2.ª 333 Dec. de Ref. núm. 272).

89.—Se exceptúan los casos de imposibilidad inculpable de parte del deudor, en los cuales éste cumplirá con satisfacer el valor que la cosa tenga en el tiempo y lugar señalado para el pago, ú otra de la misma especie y calidad (1917-1943 y fr. 2ª art. y Dec cit.).

90.—De que el acreedor no pueda ser obligado, no se sigue por supuesto que no pueda convenir en ello con el deudor; y cuando se cambia así el objeto de la deuda, hay reemplazo de la obligación primitiva que queda extinguida por novación y sustituída por una nueva que debe extinguir el pago. Si uno debe á otro mil pesos y comvienen en que, en vez de satisfacerlos, irá á desempeñar una comisión del acreedor, la obligación primera acaba por la novación, y el desem-

peño de la comisión será el pago de la segunda. Si por una traslación de propiedad se extingue la obligación primitiva, como si el deudor conviene con su acreedor en trasmitirle la propiedad de una finca, en vez de pagarle la cantidad adeudada, habrá dación en pago, esto es, traslación de la propiedad de una cosa que no era la materia de la obligación, en vez del pago ó ejecución directa de aquello á que estaba obligado el acreedor.

91.—El deudor de una cosa cierta y determinada, de tal finca, por ejemplo, está obligado á entregarla en el estado en que se halle al tiempo de hacer el pago; y no es responsable de los deterioros que haya sufrido, á no ser que provengan de hecho ó culpa suya (2311 C.). Lo mismo es que la culpa sea del deudor, ó de las personas por quienes él es responsable, y uno de los casos de culpa es cuando el deudor se ha constituido en mora.

92.—Si la deuda no es de una cosa cierta sino de una que sólo esté determinada en especie, como un caballo, un reloj, el deudor cumple con entregar una que no sea de calidad ínfima (2312 C.). No podrá pues, ser obligado á entregar una de la mejor clase, pero tampoco tendrá derecho á entregar una de la peor, porque en esa indemnización, lo que la justicia dicta es que se adopte un término medio. Las circunstancias del contrato son las que deben servir para limitar y determinar en lo posible: así, cuando se ha comprado un caballo, sin otra designación, por la profesión ú oficio del comprador y por el precio convenido podrá fijarse la clase.

93.—El código nuestro no contenía disposición especial que declarase que el acreedor no podía ser obligado á recibir por partes lo que se le debiera, pero esto que es lo natural, porque de otra suerte no se cum-

ple con entregar la cosa debida, y se expone al acreedor á que no pueda dar á las sumas que representan pagos parciales, el destino que debería dar á la totalidad, se consignó ya en la fr. 1.ª del art. 333 del Dec. de Ref. Nº 272. En el pago completo de la deuda se comprenden, como se expresa en la disposición citada, los intereses é indemnizaciones, salvo siempre el caso de contraria convención, ó de lo establecido por leyes especiales.

94.—Tampoco estaba declarado quien debe soportar los gastos que ocasionara el pago, los cuales es natural también que sean á cargo del deudor, á menos que se haya estipulado otra cosa con el acreedor, y así lo consigna el artículo 335 del Dec. de Ref. Nº 272.

95.—El artículo 336, adicional al § 1.°, tít. 10, lib. 3.° del Código llena otro vacío que se advertía en el Código respecto de pagos periódicos, y consigna que en tales pagos periódicos, el recibo ó constancia de pago del último período, hace presumir los pagos de los anteriores períodos siempre que hayan debido efectuarse entre los mismos acreedor y deudor. Así, el que tiene arrendada una casa por mes, presentando el recibo de la última mensualidad no tiene que probar el pago de las anteriores porque ese se presume, por no ser natural que, sin explicación, se dé recibo por un período posterior sin estar pagados los anteriores ni puede exigirse al deudor que conserve todos y cada uno de los recibos.

IV.

96.—El pago debe hacerse en el tiempo ó plazo convenido. El acreedor no puede exigir que se verifique antes el pago sino en los casos en que, según se ha vis-

to en otra parte, se puede pedir antes excepcionalmente el cumplimiento del contrato (1458 C.); y el que por error satisfizo una obligación que tenía plazo cierto, antes de cumplirse éste, tiene derecho á que se le restituya lo pagado (1459 C.).

97.—Así como el acreedor generalmente no puede exigir el pago anticipado, el deudor tampoco puede compelerle á que lo reciba, si de ello se le sigue al acreedor algún perjuicio ó no se le abonan los intereses que correspondan hasta el vencimiento (2248 C. y 277 Dec. 272). Cuando el comprador no puede pagar inmediatamente el precio del exceso de lo que se vendió con arreglo á extensión ó cavidad, el vendedor debe concederle término para el pago; y si lo negare, lo acordará el Juez con arreglo á las circunstancias del caso (1566 C.).

98.—Cuando el acreedor sin haber tenido causa legal para rehusar, no quiso anteriormente admitir el pago de su crédito que le hacía el deudor, es de su cuenta la pérdida de la prenda por accidente ó caso fortuito (2003 C.). Si el deudor no da prenda después de pactada, ó se niega á entregar ó completar la pactada, se reputa terminado el plazo (1999 C.).

V.

99.—Todo pago debe hacerse en el lugar designado en el contrato; y no habiéndose designado y tratándose de una cosa cierta, en el lugar en que dicha cosa existía al tiempo de constituirse la obligación: tratándose de cualquiera otra cosa, en el domicilio del deudor (334 Dec. de Ref. N.° 272). Si éste quiere hacer el pago en otro lugar diferente y conviene el acreedor, se procederá según el convenio (2313 C.) que es la pri-

mera ley de los contratos. Cuando hay lugar designado en el convenio, no hay dificultad, porque éste, para lo principal del negocio y para todos sus accesorios, rige de preferencia la obligación. No habiéndose designado, se está al domicilio del deudor, interpretando la obligación en favor de éste siempre que se trate de cantidad ó cosa indeterminada; pero cuando la deuda es de cosa determinada, el pago se hace en el lugar en que existía al tiempo de constituirse la obligación por presumirse que tal debe de haber sido la voluntad de los contrayentes.

100.—Al decirse que el pago se hará en el domicilio del deudor, debe entenderse que es el domicilio que tenga en la época del pago; de otra suerte se habría expresado diciendo, como el Código de Chile, que cuando hay mudanza de domicilio entre la celebración del contrato y el pago, se hace éste en el lugar que sin tal mudanza correspondería, salvo convenio en contrario.

VI.

101.—Cuando una persona tiene varrias deudas á favor de otra, y le hace algún pago, tiene derecho á declarar á cuál de las deudas ha de aplicarse (fr. 1.ª 2314 C.). Esto debe entenderse sin perjuicio de los derechos del acreedor, porque entonces es cuando el deudor no puede con justicia ser privado de la elección. Así es que si la deuda á la que quiere aplicarse el pago no está vencida y el plazo no fué estipulado en beneficio del deudor únicamente, no podría ser obligado el acreedor á aceptar la aplicación que á esa deuda se hiciera. Así también, el que debe capital é intereses no puede, sin consentimiento del acreedor, aplicar el pago al ca-

pital antes que á los intereses (fr. 3ª 2314 C.) porque, como estos son los frutos del capital, debe presumirse naturalmente que el acreedor ha contado con que se le pagarían antes que aquel; fuera de que, si el deudor pudiera hacer la imputación al capital, á éste la haría siempre y vendría á pararse en que remplazaba á su arbitrio una deuda que causaba intereses con otra que no los causaba.

102.—Si el deudor no usa del derecho de declarar á cual de las deudas ha de imputarse el pago, se entenderá aplicado al de la deuda que gana más interés entre las de plazo cumplido, por suponerse que el deudor ha de querer extinguir de preferencia la que le es más onerosa. Si ninguna gana interés, ó todas ganan el mismo, á la que está asegurada con fianza ó hipoteca: si las deudas de plazo cumplido son de igual naturaleza, á la más antigua; y si en todo son iguales, á todas proporcionalmente (fr. 2ª 2314 C.). Aplicando estos principios, el que es deudor en propio nombre, de una cantidad, y como fiador es deudor de otra, si hace un pago sin declaración, se imputará á lo que debe en su nombre propio, como más gravoso para él.

103.—Ya en otra parte se verá que el pago hecho á uno de los sócios por uno que fuera deudor particular de él y deudor también de la sociedad, se imputa porporcionalmente á ambos créditos, aunque el sócio lo hubiese aplicado íntegramente en la carta de pago á su crédito particular; pero si se aplicó al crédito de la sociedad, debe cumplirse esta disposición (1808 C.). Por analogía, el pago hecho á uno que es acreedor personalmente, y que es apoderado para recibir el pago de otro acreedor, habría de regirse por la misma disposición, por ser también el mandato un contrato de confianza.

VII.

104.—Ya se ha dicho que el pago debe hacerse por el mismo deudor ó por un tercero; pero en el último caso no se extingue la obligación si el que paga sustituye en sus derechos al acreedor. Esta sustitución ó sea la transmisión de los derechos del acreedor á un tercero que le paga, toma el nombre de *subrogación*, y se verifica ordinariamente por convenio y también en algunos casos por ministerio de la ley. (2315 C.).

105.—Cuando se verifica por convenio, lo que hay es la cesión de derechos ó traslación de créditos, á la que son aplicables las disposiciones que rigen en esta materia.

106.—Tiene lugar por ministerio de la ley siempre que el tercero es legalmente interesado en verificar el pago, como sucedería con el acreedor que paga á otro acreedor que, en razón de privilegio ó hipoteca, es acreedor de mejor derecho; con el que paga una deuda á que se halla obligado solidaria ó subsidiariamente (1467-2237); ó con el heredero beneficiario que paga con su propio dinero las deudas de la herencia.

107.—La subrogación, sea legal ó convencional, pone al nuevo acreedor en la misma condición precisamente que tenía el antiguo; y si el acreedor ha sido solamente pagado en parte, debe poder ejercer sus derechos, relativamente á lo que se le queda debiendo, con preferencia al que sólo pagó una parte. Cuando el que pagó tenía personalmente alguna responsabilidad por alguna parte como en la deuda solidaria, la subrogación es para cobrar de los demás, con deducción de la parte que á él correspondía.

TITULO TERCERO.

DE LA OBLACION O CONSIGNACION.

108.—La *oblación ó consignación en pago*, consiste en el *depósito que hace el deudor de la especie ó cantidad que adeuda, cuando el acreedor se resiste á recibirla;* y en virtud de tal consignación queda desde entonces extinguida la obligación (2351 C.) Este medio de extinguir las obligaciones tiene en mira que, así como el acreedor puede exigir, á su plazo, la deuda, el deudor puede también tener interés en pagarla para que no se aumenten los intereses, ó para no exponerse á perder lo que entonces tiene para pagar.

109.—Para que la obligación se extinga no basta que el deudor haya ofrecido de cualquier modo el pago al acreedor, y éste se haya resistido á recibirlo, sino que se necesita que lo haya ofrecido ante Juez competente ó Notario Público, para que conste con seguridad: y que el acreedor lo haya resistido sin justa causa, y que se haya hecho á consecuencia de eso la consignación ó depósito efectivo. Son justas causas para que el acreedor resista el ofrecimiento, que no concurran todas las condiciones que, en cuanto á las personas, cosa, lugar, tiempo y modo se requieren para hacer válidamente el pago. (346 Dec. de Ref. N.° 272.) Así, si el pago se ofrece en lugar distinto de aquel en que debe verificarse: si se ofrece cosa distinta de la que se debe pagar; ó si falta cualquiera otro requisito del pago, no producirá efecto la consignación; y no lo producirá tampoco si no se hace efectivamente el de-

pósito ó entrega, porque entonces continuaría el deudor aprovechándose de la cosa debida.

110.—El Código nuestro no declaraba cuáles eran las formalidades con que debía verificarse la oblación ú ofrecimiento; pero parecía natural establecer, como se estableció por el Dec. de Ref. citado, que debiera hacerse ante el Juez competente según la cantidad; y que, resistiéndose por parte del acreedor, se verificara la consignación con autorización del mismo Juez competente, á petición del deudor y con citación del acreedor ó de su legítimo representante, en la Tesorería Nacional, Administración de Rentas, Establecimiento de crédito ó persona particular que designe la misma autoridad judicial, según los casos, extendiéndose una acta que comprenda todas las circunstancias del depósito (346 Dec. cit.)

111.—Cuando la consignación debe hacerse hallándose el acreedor fuera del lugar en que se ha de verificar el pago, y no tuviere legítimo representante, se hará la oblación también ante el Juez; pero éste recibirá primero información de la ausencia y de la falta de persona que represente al acreedor, y después nombrará un defensor, con citación del cual, autorizará la consignación. (347 Dec. cit.)

112.—El Código no declaraba á cargo de quién habían de ser las expensas de toda oblación y consignación legítimamente hecha; pero debía entenderse desde luego que lo eran al del acreedor por resistirse indebidamente á admitir el pago, y así se declaró por el Decreto de reformas citado (348.)

113.—El efecto que la consignación produce es extinguir la obligación del deudor de modo que cesan desde entonces los intereses; y desde que ella se verifica, son tambien de cuenta del acreedor los riesgos de la cosa consignada (2354 C.), como que ya no puede de-

jarse más responsabilidad al deudor que por su parte hizo cuanto pudo hacer.

114.—Varios casos hay de aplicación especial de la consignación. Cuando el que remata una finca hipotecada no quiere continuar reconociendo las hipotecas, una vez deducido el crédito del ejecutante, pedirá la citación personal de los acreedores inscritos, para que se pague á los de plazo vencido, y se deposite lo que corresponda á los de plazo pendiente, y por ese medio quedará liberada la finca (2037-2038 C.)

115. — Cuando se enajena una finca hipotecada, para el pago de intereses ó de algún plazo vencido y quedan otros pendientes, si el comprador no quiere la finca con el gravamen de la hipoteca, por lo que queda pendiente, debe depositar su importe con los intereses que le correspondan para que sea pagado el acreedor al vencimiento de los plazos (2039-2040 C.

116.—Cuando el deudor principal quiere pagar la deuda antes del plazo, pero sin mengua de los intereses que correspondan hasta el vencimiento, y el acreedor lo rehusa, debe oblarse y consignarse la cautidad en los términos que quedan dichos; y desde entonces el fiador queda eximido de toda obligación (2248 C.)

TITULO CUARTO.

DE LA COMPENSACION.

117.—La *compensación* es una especie de pago, y consiste en el *descuento de una deuda por otra, entre dos sujetos recíprocamente acreedores y deudores* (2326 C.) Por su medio se verifican dos pagos abrevia-

damente, y se evita que tengan que verificarse de un modo separado y material, y que haya pérdida de tiempo y gastos innecesarios. Si Pedro, por ejemplo, debe á Juan mil pesos por compra de una alhaja, y Juan debe á Pedro otros mil pesos como fiador de una persona, desde que cada uno de ellos es acreedor del otro, sus deudas se descuentan sin necesidad de que el uno vaya á pagar al otro los mil pesos, y de que éste vuelva á tomar esa misma cantidad para entregarla al que se la pagó. En el ejemplo propuesto, las dos deudas son por igual cantidad, de modo que se extinguen; pero si la una fuera mayor que la otra, solo se descontaría de la mayor una cantidad igual á la menor; ó lo que es lo mismo, la mayor no se extinguiría sino hasta la cantidad concurrente para igualar á la menor. Si el uno fuera pues, acreedor por mil pesos, y el otro por quinientos, estos se deducirían de aquellos; ó lo que es igual, quedaría extinguida la acción del acreedor por quinientos, y el acreedor por mil continuaría siéndolo solamente por quinientos. Debe tratarse de las condiciones precisas para que se verifique la compensación y de los efectos que esta produce.

PARRAFO PRIMERO.

CONDICIONES PARA LA COMPENSACIÓN.

I.

118.—Para que la compensación tenga lugar, deben concurrir las siguientes condiciones: 1.ª que ambas

deudas consistan en una cantidad de dinero, ó en cosas fungibles ó especies indeterminadas de igual género y calidad si ésta se hubiere designado; ó en especies determinadas que tengan valor fijado por la ley, por convenio ó judicialmente (338 Dec. de Ref. N.° 272, rectificado en el número 391 del "Guatemalteco.") 2.ª que una y otra sean líquidas: 3.ª que ambas sean exigibles (2328 C.): 4.ª que la una se deba á la persona que pida la compensación, y la otra á la persona á quien se opone (2326 C.): 5.ª que ninguna de ellas sea de las que la ley declara exceptuadas de compensación (2331 C.)

II.

119.—Las deudas compensables deben consistir en cantidades de dinero, ó en cosas fungibles ó especies indeterminadas de igual género y calidad, ó en especies determinadas que tengan ya su valor establecido, porque de otra suerte, el procedimiento que habría que emplear para valorarlas ya no sería conforme con el objeto de la compensación (338 Dec. de Ref. N.° 272); mientras que valoradas ya, la compensación en rigor no es más que de deudas por cantidad.

120.—Tratándose de cosas fungibles de igual calidad y bondad, no será necesario que estén valoradas, porque la una equivale exactamente á la otra, y lo mismo sucederá cuando se trate de especies indeterminadas. Así es que si uno debe á otro cien quintales de café de primera clase, y éste debe á aquel cincuenta de la misma clase, quedan desde luego compensados sin necesidad de valuarse; y lo mismo tiene lugar si una deuda es por cien quintales de café, sin ninguna otra

determinación; y la otra por cincuenta en el mismo concepto.

121.—Cuando las cosas, aunque no sean fungibles, son indeterminadas, y de la misma especie, se verifica también la compensación sin necesidad de que se valoren. Si uno es deudor de un caballo sin otra especificación, y su acreedor le debe á él un caballo también en los mismos tórminos, pueden compensarse el uno por el otro; no así si el uno fuera determinado y el otro indeterminado.

122.—Habiendo indeterminación, la compensación se produce desde luego áun respecto de cosas inmuebles, así es que si uno debe á otro una tercera parte indivisa de una propiedad raíz, y es acreedor de él por una cuarta parte indivisa de la misma propiedad, la compensación se verifica.

123.—Pocos ó ninguno son los casos en que la ley ha fijado de antemano el valor de las cosas, así es que las especies determinadas no serán compensables generalmente, sino cuando se hayan valorado en juicio ó por convenio.

124.—No es inconveniente para la compensación el que las deudas deban ser pagadas en diversos lugares, porque basta tomar en cuenta los gastos de transporte (2335 C.) Si uno, por ejemplo, debe entregar mil pesos en Quezaltenango, podrá oponer á su acreedor en compensación lo que éste le debe pagar en Guatemala, con solo abonar la diferencia de transporte ó de situación de fondos en caso de que la haya.

125.—Tampoco es inconveniente para la compensación el que las deudas no sean de clase enteramente igual; así, puede compensarse muy bien una deuda personal con otra hipotecaria ó garantizada con fianza ó con prenda, porque esas garantías accesorias no in-

fluyen esencialmente, en el caso de ser de acreedor y deudor recíprocos.

III.

126.—La segunda circunstancia para la compensación es que las dos deudas sean líquidas, esto es, que conste su existencia y cantidad. En consecuencia, cuando no se sabe el importe legítimo de cualquiera de ellas, la compensación no puede verificarse; y así si una de las deudas es por daños y perjuicios cuyo monto no esté fijado todavía, no podrá compensarse con otra que es cierta y determinada.

IV.

127.—Otra condición es que las deudas sean exigibles, esto es, que puedan pedirse judicialmente desde luego. En virtud de esto, debe establecerse: 1.° que no puede compensarse una deuda de plazo no vencido con otra de plazo vencido. Mas si el plazo ha sido gratuitameute acordado por el acreedor, no impide la compensación, porque la gracia y favor que ha querido dispensarle no deben ceder en perjuicio suyo (338 Dec. de Ref. N.° 272.) El artículo del Código, reformado por éste, hablaba también del plazo gratuito acordado por el Juez; pero el Juez no tiene facultad para acordar esos plazos, sino en casos muy excepcionales y con el carácter de gratuitos (1566-1914 C.); y si á lo que se hacía referencia era á las esperas, éstas sí impiden la compensación porque el deudor, durante ellas, no puede hacer pago particular ni privado á ninguno de los

acreedores que se las concedieron (1464 C. pr.); y esta disposición se confirmó por el artículo citado del Decreto de Reformas.

128.—Para que el plazo se tenga por vencido es indispensable que lo esté efectivamente; y así, aunque la declaración de estar formado el concurso produce el efecto de que se tengan por vencidos los plazos de todas las deudas pendientes, esto no podría aprovecharle á ninguno de los acreedores para alegar compensación contra el deudor común porque se halla establecido con objeto muy diferente (2. ° –1415 C. pr.), y porque no pudiendo desde entonces verificarse ningún pago particular, tampoco debe admitirse la compensación que no es más que especie y manera de pago.

2. ° Que no puede compensarse con una deuda simple una deuda sujeta á condición suspensiva, mientras ésta no se cumpla, porque hasta entonces no hay efectivamente deuda. Si la condición no fuere suspensiva sino resolutoria, la compensación se verificaría si se reunieran los demás requisitos, porque la condición de esa clase no suspende el efecto, ni la exigibilidad de la obligación.

3. ° Que tampoco puede oponerse en compensación una deuda procedente de apuesta ó de juego, porque la ley no da acción para reclamarla (1863 C.); y del mismo modo no podrá, en general, compensarse una deuda puramente natural para cuyo cobro no da acción la ley con una deuda ú obligación eficaz.

4. ° Que si antes de reunir ambas deudas las condiciones requeridas para la compensación, pasa el tiempo necesario para que una deuda prescriba, no podrá oponerse en compensación la deuda prescrita. Mas, si antes de que la deuda prescriba, ha habido un momento en que, reuniéndose todas las condiciones, el acreedor y el deudor lo han sido recíprocamente, la com-

pensación queda verificada por ministerio de la ley, desde el instante en que han coexistido las dos deudas (337 Dec. de Ref. N. ○ 272.).

V.

129.—Otra condición es que las personas entre quienes debe hacerse la compensación, sean recíprocamente acreedores y deudores (2326 C.) Así. pues, aunque un tercero pueda pagar mi deuda, áun contra la voluntad de mi acreedor, no puede oponerle en compensación de lo que yo le debo, lo que este acreedor le debe á él; pero sí podría cederme su acción y oponer yo entonces la compensación como cesionario.

130.—Como consecuencia de la necesidad del requisito expresado, el procurador, administrador ó mandatario no puede oponer á los acreedores suyos compensación de lo que deben al principal ó poderdante; ni los acreedores del poderdante ó principal pueden oponer al mandatario compensación por las deudas que á favor de éste tuvieren.

131.—Al tutor que es acreedor, no puede oponérsele compensación por lo que debe el pupilo al deudor. Del mismo modo, el deudor del pupilo no puede oponer al tutor, como tutor, compensación de lo que éste personalmente le adeuda; ni el tutor puede oponer á su acreedor, en compensacion, lo que éste adeuda á su pupilo.

132.—El heredero puede oponer á su acreedor compensación de lo que él adeudaba á su causante, porque, sustituyéndose por la herencia en todos los derechos de éste, se realiza que sean recíprocamente acreedor y deudor. No podrá oponerse, sin embargo, sino hasta

en concurrencia de la porción hereditaria, así como el acreedor del causante no podría oponer á su heredero compensación sino hasta la concurrencia del haber hereditario que le tocase. Y si el heredero hubiese aceptado con beneficio de inventario, no podrá oponérsele compensación de lo que el causante adeuda sino hasta concurrencia de lo que esté obligado á pagar según el estado del inventario.

133.—El deudor no puede reclamar compensación por lo que se debe á su fiador (2333 C.) porque el deudor no es dueño del crédito del fiador, á menos que éste se lo hubiera cedido. El deudor no puede oponer en compensación lo que se debe á su codeudor solidario (2333 C.), porque él es por sí mismo deudor por la cantidad que se le exige, y no puede oponer las excepciones personales de sus codeudores. Pero si el acreedor hubiera reclamado la deuda del codeudor, á quien él mismo debía, y éste le hubiera opuesto la compensación, la deuda habría quedado extinguida respecto de todos como si hubiera sido pagada; y si después el acreedor la demandara de los otros, podrían oponerle la extinción de la deuda verificada por la compensación que opuso el qne recíprocamente era acreedor y deudor.

134.—El fiador puede pedir compensación de lo que debe el acreedor al deudor principal (2233 C.), porque áun cuando él no sea el acreedor, no existe su obligación como fiador sino en cuanto existe la deuda del fiado, y ésta la extingue la compensación por ministerio de la ley. El fiador puede además oponer al acreedor todas las excepciones que no son puramente personales del deudor, y entre ellas figura la compensacion.

135.—Ya que el fiador puede oponer compensación de lo que se debe al deudor principal, con mayor razón podrá oponerla de lo que se le debe á él mismo; pero

siendo subsidiaria su obligación, la compensación no debe surtir su efecto sino desde que se oponga.

136.—Así como un deudor solidario no puede oponer compensación de lo que se debe á su codeudor, el fiador no puede oponerla de lo que se deba á su compañero en la fianza.

137.—Respecto de los créditos de una sociedad contra el acreedor particular de algún socio, ó de las deudas de la sociedad á favor del deudor de uno de los socios, tampoco cabe la compensación, porque la sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (1825 C.)

138.—El deudor que ha convenido en que el acreedor ceda sus derechos á un tercero; ó que, notificado de la cesión, la ha aceptado pura y simplemente, no puede oponer al cesionario, en compensación, los créditos que antes de la cesión habría podido oponer al cedente (342 Dec. de Ref. N.° 272): porque se entiende haberla renunciado con su convenio y silencio.

139.—Si el deudor no aceptó la cesión que le fué notificada, puede oponer al cesionario compensación por todos los créditos que, antes de notificarle la cesión, haya adquirido contra el cedente, aun cuando no hayan llegado á ser exigibles sino hasta después de la notificación, porque se verificó por ministerio de la ley, y no habiendo renunciado á ellla expresa ni tácitamente, no puede ser privado de su beneficio por solo el hecho de un tercero (342 Dec. cit.)

140.—El deudor puede oponer al cesionario compensación de lo que éste le debiere á él; y también el cesionario que fuere deudor de su deudor cedido, puede compensar esta deuda en el crédito que adquirió mediante la cesión.

———

VI.

141.—La última condición es que ninguna de las deudas sea de aquellas en que la compensación está prohibida. La regla general es que todas las deudas son compensables (2331 C.), pero sirven de excepción los casos siguientes:

1. ° Cuando se trata de la demanda sobre restitución del despojo (1. ° -2332 C.), porque la ley quiere que se repare ante todo la violencia que se causó y no justifica el que ninguno tome un derecho por la fuerza:

2. ° Cuando se trata de la demanda sobre restitución de un depósito (2. ° -2332 C.) para que no se abuse de la confianza ó de la necesidad que el depósito supone:

3. ° En lo que se debe por alimentos presentes (3. ° 2332 C.), porque están destinados á satisfacer una necesidad de momento, y admitir la compensación sería exponer al que los necesita á que pereciera (257 C. y 74 y 340 Dec. de Ref. N.° 272.) Pero nada se opone á que puedan compensarse los alimentos pretéritos, ó los bienes ya adquiridos por razón de alimentos, porque con ellos no se va á atender de presente á la subsistencia del alimentista:

4. ° Cuando se trata de una deuda á favor de la hacienda pública, á no ser que, atendidas las circunstancias, lo acordare el Poder Ejecutivo (665 C. fisc.), excepción motivada por las erogaciones á que la hacienda pública tiene que atender, y las dificultades en que para llenarla se la pondría, si indistintamente pudiera oponerse siempre contra ella la compensación:

5. ° El comodatario no puede retener la cosa presta-

da, en compensación de lo que le debe el comodante, á no ser que la deuda proceda de gastos extraordinarios y precisos hechos en beneficio de la misma cosa después de prestada (1945 C.)

VII.

142.—El efecto inmediato de la compensación es que se extinguen por ministerio de la ley las deudas, y con ellas, los privilegios, hipotecas, prendas, fianzas y el curso de los intereses, hasta la concurrencia de las cantidades respectivas.

143.—Si una persona tiene muchas deudas compensables, se hará la aplicación siguiendo las mismas reglas que hay para la imputación de pago; es decir que hay derecho á declarar cuál es la deuda á que ha de aplicarse: si no se declara, se entenderá aplicada á la deuda que gana más interés entre las de plazo cumplido: si ninguna gana interés, á la que está asegurada con fianza ó hipoteca: si son de igual naturaleza á la más antigua; y si en todo son iguales, á todas proporcionalmente. Debiéndose capital é intereses, deberá aplicarse la compensación á estos, antes que á aquellos (2336 C.) Una vez hecha la compensación no pueden aplicarse ó dirigirse sus efectos á otra deuda, en perjuicio de los interesados, en satisfacción de la que quedó extinguida.

144.—El que paga una deuda, ya extinguida de derecho por la compensación, no podrá en la reclamación de su crédito prevalerse, en perjuicio de tercero, de los privilegios, hipotecas y fianzas con que lo tenía asegurado, porque esto privaría al tercero de derechos que, á consecuencia de la compensación, había adquirido;

y ésta no necesita de la voluntad de los interesados sino que se produce por ministerio de la ley; pero lo dicho no tendría lugar si se ignorara la existencia del crédito, pues si por esa ignorancia no alegare la compensación, conservará junto con el crédito mismo las fianzas, privilegios, prendas é hipotecas constituidas para su seguridad (337 Dec. de Ref. N.° 272.)

145.—La compensación no debe tener lugar en perjuicio de los derechos adquiridos por un tercero; de modo que, si el que era deudor de una persona llega á ser su acreedor, después del embargo de la deuda hecho por un tercero, no podrá oponerse compensación en perjuicio del que hizo el embargo; y el comprador de un ínmueble hipotecado no podrá oponer á los acreedores hipotecarios la compensación de los créditos que tiene contra el vendedor (341 Dec. de Ref. N.° 272.)

146.—La compensación puede oponerse en cualquier estado del juicio hasta la citación para sentencia (591 C. pr.)

TITULO QUINTO.

DE LA CONDONACION O REMISION.

147.—*La condonación es la renuncia ó perdón voluntario que el acreedor hace de la obligación de su deudor;* y en consecuencia, extingue ésta, con tal que sea hecha por el mismo acreedor ó por un mandatario con facultades especiales para el caso (2316 C.). Sólo podrán remitir ó condonar los que tienen la libre disposición de sus bienes, puesto que equivale á una enajenación gratuita.

148.—La remisión puede ser expresa y tácita. *Expresa*, cuando el acreedor terminantemente declara el perdón que hace de la deuda; y *tácita*, cuando se presume en virtud de hechos que hacen suponerla (2321 C.).

149.—La remisión expresa debe constar del mismo modo en que consta la obligación (2316 C.), de suerte que si la deuda consta en instrumento público, debe acreditarse así también la remisión, porque es de igual importancia á la constitución de la deuda.

150.—Hay remisión tácita cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el título de la obligación, ó lo destruye ó cancela con ánimo de extinguir la deuda. La presunción que de este hecho resulta es la de que hubo ánimo de remitir la deuda; pero admite prueba en contrario, porque el acreedor tiene derecho de justificar que la entrega, destrucción ó cancelación del título, no fué voluntaria, ó no fué hecha con ánimo de condonar la deuda. Y no distinguiendo la ley entre títulos públicos y privados, debe entenderse que su disposición comprende á los unos y á los otros (2321 C.).

151.—No es bastante para establecer la remisión el hecho de que el acreedor haya devuelto la prenda al deudor, (2320 C.) porque con él sólo se prueba que el acreedor ha renunciado al derecho de prenda, y ha quedado atenido á la obligación puramente personal del deudor. La condonación de deuda hecha en calidad de legado no comprende sino lo debido por el legatario al testador hasta la fecha del testamento (872 C.).

152.—El efecto que naturalmente produce la remisión es que se extinga la obligación del deudor; y cuando éste es uno solo, no ofrece ninguna dificultad; pero si hay varios deudores mancomunados, ó la deuda está asegurada con fiador, se observará lo que á continuación va á expresarse.

153.—El perdón hecho á uno de los deudores mancomunados se verifica, ó reservándose el acreedor el derecho de cobrar de los otros deudores, ó no haciendo esa reserva. En este último caso, se extingue la obligación de todos: en el primero, el perdón es simplemente de la parte que debía pagar el deudor mancomunado á quien se hizo la remisión (2317 C.), puesto que así se expresó.

154.—En las deudas aseguradas con fianza, la remisión puede hacerse al deudor principal ó á los fiadores (2319 C.). Si lo primero, con la obligación del deudor acaba también la de los fiadores porque la fianza es obligación accesoria que no puede subsistir cuando no subsiste ya la obligación principal que garantiza.

155.—Si la remisión se hace al fiador simple, no extingue la obligación del deudor (fr. 1ª 2318 C.), porque la renuncia de la garantía accesoria no implica renuncia de la obligación principal, como se ha visto que sucede con la prenda; pero si el fiador hubiere contraido obligación mancomunada con el deudor, debería estarse á lo que se ha dicho respecto de deudores mancomunados.

156.—Si hay varios fiadores simples, la condonación hecha á uno de ellos no extingue la obligación de los demás fiadores; pero en caso de insolvencia del deudor, sólo podrá exigírseles el crédito con rebaja de la parte correspondiente á aquel que fué condonado (2318 C.).

157.—Cuando hay varios acreedores solidarios, y uno de ellos remite la deuda, la remisión no extingue la obligación respecto de los demás sino en la parte correspondiente al acreedor que remite, por analogía con lo que pasa respecto de la confusión (2323 C.).

———

TITULO SEXTO.

DE LA NOVACION.

158.—La *novación* es otro modo de extinguir las obligaciones y consiste en *la sustitución que se hace de una obligación existente por otra obligación nueva* (2337 C.). Como se ve, la novación no extingue la obligación de un modo absoluto sino que extingue una para dejar subsistente otra en su lugar, de modo que en rigor y propiamente, lo que hay es reemplazo de una obligación por otra. Va á tratarse 1º de los requisitos que exige: 2º de las formas en que puede verificarse: 3º de algunos casos en que no hay novación.

I.

159.—La novación requiere que se haga entre personas capaces de contratar (2240 C.), como que se contrae una obligación nueva; así es que los menores, los incapacitados, las mujeres casadas no podrán, por sí, hacer novación. Puede hacerse por los mismos interesados ó por mandatario ó procurador, con tal que el poder tenga especial facultad para ello, ó se haya conferido en él la libre administración de los negocios del comitente (2191-2341 C.). Requiere también la novación como requisito indispensable que se haga por escritura pública ó privada, siempre que el valor de que se trate exceda de quinientos pesos (2339 C.); lo cual

depende de que como hay siempre un nuevo contrato, la formalidad de su constancia debe estar en armonía con la formalidad que para todo contrato se exige (233–234 Dec. de Ref. núm. 272.).

II.

160.—La novación puede tener lugar de tres modos: 1º sustituyéndose una nueva obligación á otra por mudarse la deuda ó causa de deber, pero sin que intervenga nuevo acreedor ni nuevo deudor, como si una persona que debía pagar mil pesos conviene con su acreedor en que en vez de los mil pesos le entregará en su plazo, un tronco de caballos: 2º sustituyéndose la persona del acreedor, como si el que lo era, conviene con su deudor, en que, en vez de pagarle éste la cantidad adeudada contraiga la obligación de entregar á otra persona tal número de quintales de café de clase determinada: 3º sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo, como si mi acreedor conviene en eximirme de pagarle los mil pesos que le debo, porque una tercera persona se obliga directa y personalmente en mi lugar (2338 C.).

161.—Cuando la novación es de un nuevo acreedor, se trasmiten á favor de éste todos los gravámenes é hipotecas que se contenían en la anterior obligación, sin necesidad de que se exprese en la posterior; (2344 C.) de modo que si se ha convenido en que el deudor pague á Pedro mil pesos en vez de la obligación que tenía de construirme una casa, la deuda á favor de Pedro quedará asegurada con todas las garantías establecidas á mi favor. Debe observarse que no es lo mismo la novación por sustitución de nuevo acreedor que la traslación que éste haga de su crédito á otra perso-

na. En este último caso, no hay más que una subrogación en los derechos del primer acreedor, que necesita para ciertos efectos de la notificación del deudor; pero que no exige su consentimiento como lo requiere la novación, y que comprende todos los accesorios del crédito cedido, como fianzas, hipotecas, privilegios &.

162.—Si la novación consiste en mudarse la deuda ó causa de deber, como si el acreedor conviene en que lo que se le adeudaba por salarios continúe en poder del deudor á título de préstamo con interés, como la primera obligación se extingue, no pasan á favor de la segunda las garantías y privilegios que la primera tuviese, ya que la ley no lo consigna. Es de advertir sin embargo, que la consecuencia exigiría que este caso y el de que antes se ha hablado se rigieran por igual disposición, puesto que en aquel también la obligación primitiva queda insubsistente.

163.—La novación por sustitución de la persona del deudor no se presume, así es que cuando el deudor presenta á su acredor una tercera persona que se obligue á pagar su deuda, la constitución de esta obligación no produce novación si el acreedor no declara expresamente exonerado de la suya al primer deudor: de otro modo, se estimará como fianza, y tanto el deudor primitivo como el segundo quedarán obligados al pago, bien que, pagando cualquiera de ellos, se extinguirá para ambos la obligación (2347 C.). Esta exigencia tiene por objeto evitar errores y que vayan á darse á la voluntad de las partes otros efectos que los que ellas se propusieron, si se admitiera la novación sin que constara suficientemente que había querido hacerse.

164.—La novación por sustitución de un segundo deudor, puede hacerse con el consentimiento del primero, ó sin él (2348 C.): en este último caso, se co-

noce con el nombre de *expromisión* y en el primero con el de *delegación.* No es indispensable siempre el consentimiento del primer deudor, porque no se necesita para que un tercero extinga por él su obligación; y así como puede pagarse lo que otro debe sin su consentimiento, podrá novarse también de modo que resulte el mismo efecto de extinción de la obligación que produce el pago. Pero así como esto es claro, lo es también que no puede sustituirse nuevo deudor sin consentimiento del acreedor, tanto porque la novación es convenio que se hace con éste, cuanto porque de lo contrario estaría en el arbitrio del deudor sustituirse con otra persona que no diera al acreedor las garantías de pago que él le dá.

165.—Al sustituirse un nuevo deudor, queda extinguida la obligación primitiva, así es que el acreedor ya no tiene derecho contra el deudor primitivo ni contra sus fiadores, áun cuando el sustituto llegue á ser insolvente (2343 C.), porque el acreedor debe imputarse á sí mismo haber tomado la nueva deuda en reemplazo de la primera. Es caso de excepción el de que la sustitución se hubiese hecho cuando ya estaba fallido el nuevo deudor ignorándolo el acreedor; y esto, porque naturalmente ha de suponerse que no lo hubiera admitido si hubiese sabido la falencia, y para evitar también cualquier manejo del deudor primitivo dirigido á sorprender y engañar al acreedor. Debe ser también caso de excepción el de que se haya convenido en que el acreedor tendría derecho contra el primer deudor si el segundo llegaba á ser insolvente; mas la circunstancia de que, en estos casos de excepción, tenga el acreedor recurso contra el deudor primero, no importa la nulidad de la novación, de suerte que el acreedor ya no podrá hacer valer las hipotecas y demás seguridades que tenía.

166.—Al sustituirse un nuevo deudor, quedan extinguidas con la obligación anterior, las hipotecas y seguridades de ella (344 Dec. de Ref. núm. 272), por que el efecto de la novación es extinguir la obligación como la extingue el pago, y extinguida la obligación no subsisten los accesorios de ella. Así pues, si en vez de mi deuda que estaba asegurada con fianza, acepta mi acreedor lisa y llanamente la deuda de un tercero, no podrá pretender que se estime subsistente la fianza que garantizaba mi compromiso. Se exceptúa siempre el caso de que acreedor y deudor convengan expresamente en la reserva de las hipotecas y seguridades constituidas; reserva que sin embargo, no valdrá cuando las cosas empeñadas ó hipotecadas como garantía pertenecen á terceros que no acceden expresamente á la segunda obligación, pues no debe depender de aquellos la extensión y gravámenes de ella.

167.—Al sustituirse por la novación otro deudor, quedan libres de toda responsabilidad todos los que están coobligados, aunque sea como deudores solidarios, fiadores ó codeudores de cosa indivisible, á menos que se obliguen en el nuevo contrato (2342 C.). Esto es una consecuencia de lo que se ha dicho acerca de que se equiparan los efectos de la novación y los del pago. Cuando la segunda obligación, consiste simplemente en añadir ó quitar una especie, género ó cantidad á la primera, los codeudores subsidiarios y solidarios pueden ser obligados hasta concurrencia de aquello en que ambas obligaciones convienen (fr. 1.ª 343 Dec. de Ref. núm. 272), porque con ello en nada se empeora su condición. Y si la nueva obligación se limita á imponer una pena para el caso de no cumplirse la primera y son exigibles juntamente la obligación y la pena; los privilegios, fianzas é hipotecas subsistirán hasta concurrencia de la deuda principal sin la

pena, con lo cual tampoco se aumenta el gravamen anterior. Mas si en el caso de infracción es solamente exigible la pena, se entenderá haber novación desde que el acreedor exija sólo la pena, y quedarán por el mismo hecho, puesto que él lo prefirió, extinguidos los privilegios, prendas é hipotecas de la obligación primitiva y exonerados los que solidaria ó subsidiariamente accedieron á la obligación primitiva y no á la estipulación penal.

168.—Hay que tener presente que la simple mutación de lugar para el pago, deja subsistentes los privilegios, prendas é hipotecas de la obligación y la responsabilidad de los codeudores solidarios ó subsidiarios, pero sin ningún gravamen más (fr. 3ª 343 Dec. de Ref. núm. 272), pues así en nada se agrava su condición.

III.

169.—Hay que hacer notar también que la mera ampliación del plazo de una deuda no constituye novación; pero sí pone fin á la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas é hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor, salvo que los fiadores ó los dueños de las cosas empeñadas ó hipotecadas accedan expresamente á la ampliación (2246 -2346 C.). No hay novación porque no se cambia la deuda ni la persona del acreedor ó del deudor; pero no subsisten las fianzas ó garantías dadas por otros, porque no se les puede obligar sin su consentimiento á prolongar el término de su obligación. Por analogía debería decirse que la reducción del plazo tampoco constituye novación, pero no podrá reconvenirse á los codeudores solidarios y subsidiarios sino cuando espire

el plazo primitivamente estipulado, para que no les perjudique esa reducción; y así se establece en el artículo 345 Dec. de Ref. núm. 272.

170.—En la locación que se renueva por voluntad tácita de las partes, no subsisten las fianzas y seguridades que constituyó una tercera persona en el contrato anterior, á no ser que ella se obligue de nuevo expresamente (fr. 2ª 1729 C.).

171.—Cuando continúa el contrato de locación para los herederos del arrendatario, no siéndoles obligatoria su continuación, no subsisten las fianzas ni las hipotecas anteriores que estaban constituidas á favor del locador (fr. 2.ª 1732 C.).

172.—Cuando los acreedores han hecho novación de la deuda del difunto, ó de cualquier modo han aceptado la responsabilidad del heredero, ya no pueden pedir que los bienes de aquel sean separados y que se forme concurso especial con exclusión de los acreedores propios del deudor (2.° 2395 C.).

173.—Parece natural que para que sea válida la novación debe exigirse que tanto la obligación primitiva como el contrato de novación sean en sí válidos.

174.—Cuando la primera obligación es pura y la nueva pende de una condición suspensiva ó al contrario, debe decirse que no hay novación mientras la condición esté pendiente; y no la habrá tampoco si la condición llega á fallar, ó si antes de su cumplimiento se extingue la obligación antigua, salvo que se haya convenido en otra cosa.

175.—Cuando un tercero, creyendo ser deudor de una persona, promete pagar al acreedor de ésta para libertarse de la falsa deuda, debe cumplir su promesa, y podrá dirigirse contra el delegante para que pague por él ó le reembolse lo pagado.

176.—El que fué delegado por alguno que se creía

deudor, y no lo era, no queda obligado al acreedor; y si paga en el concepto de ser verdadera la deuda, se halla para con el delegante en el mismo caso que si hubiese sido verdadero, quedando á salvo su derecho al delegante para la restitución de lo indebidamente pagado.

TITULO SETIMO.

DE LA CONSOLIDACION Ó CONFUSION.

177.—La *confusión* ó *consolidación* puede decirse que *es* en general, *la reunión en una misma persona de dos caracteres que hacen imposible la obligación;* y como estos caracteres son ordinariamente los de acreedor y deudor, el Código define la *confusión* como *la reunión en una misma persona de las dos calidades de acreedor y deudor* (2322 C.). Este modo de extinguirse las obligaciones procede de que no puede ninguno ser acreedor ó deudor de sí mismo. Así, si Pedro debe á Juan mil pesos, y cualquiera de los dos es instituido heredero del otro, y acepta la herencia sin beneficio de inventario, la deuda se extingue, porque sucediendo uno en todos los derechos y obligaciones del otro, se produce la reunión en una sola persona de dos calidades icompatibles.

178.—En el ejemplo propuesto se ha hablado del heredero que acepta la herencia sin beneficio de inventario, porque cuando éste se hace, uno de los más importantes efectos que produce es que no se confunden los créditos y deudas particulares del heredero con las deudas y créditos hereditarios (854-2325 C.).

179.—Cuando hay mancomunidad ó fianza, se observan las siguientes disposiciones:

Consolidada la calidad de acreedor en uno de varios deudores mancomunados, no quedan libres los demás, sino en la parte que habría correspondido á su codeudor (1465-2323 C.). En consecuencia, si hay cuatro deudores mancomunados de un acreedor, por cuatro mil pesos, y uno de esos deudores es instituido heredero del acreedor, ó el acreedor lo es de ese deudor, quedará extinguida la obligación solo por mil pesos, de modo que el acreedor podrá cobrar de los demás los otros tres mil. La razón es que, dividida la responsabilidad entre varias personas, la confusión que solo se ha producido respecto de una, solo debe surtir sus efectos respecto de la parte que á ella correspondía sin extenderse á las demás.

180.—En rigor, siendo indivisible la acción del acreedor y pudiendo dirigirse por el todo contra cualquiera, el deudor con quien tiene lugar la confusión, podría cobrar el crédito íntegro de cualquiera de los codeudores; pero un principio de justicia que no permite exigir de otro aquello de que uno mismo es responsable, hace que deba deducirse la parte correspondiente á él.

181.—Si no hay mancomudidad entre los deudores, la confusión que tenga lugar respecto de uno de ellos extinguirá la obligación en la parte correspondiente á él, quedándole su derecho para cobrar de los otros la parte que les tocaba. Así pues, si hay cuatro deudores no mancomunados por cuatro mil pesos, y uno de ellos llega á ser heredero del acreedor, la obligación se habrá extinguido en cuanto á los mil que á él tocaban, y podrá cobrar de sus compañeros en la deuda los tres mil restantes. Esto, por supuesto, en la inteligencia de que el acreedor haya adquirido la totalidad del crédito, pues si fuera solo la parte que á él corres-

pondía, nada tendría derecho á cobrar. Por consiguiente, cuando hay mancomunidad de deuda, el deudor en quien se produjo la confusión, puede cobrar de cualquiera de sus codeudores la totalidad de la deuda con deducción de la parte confundida; y cuando no hay esa mancomunidad, solo podrá exigir de cada cual la parte de que es responsable.

182.—La consolidación en la persona del deudor principal extingue la obligación de los fiadores de cualquier clase que sean, por el conocido principio de que no puede existir lo accesorio cuando falta lo principal (2324 C.).

183.—En la fianza simple, la confusión producida respecto del fiador no extingue la obligación principal del deudor, porque no se reunen en una sola persona los caracteres de acreedor y deudor principal (2324 C.); pero si el fiador lo es mancomunadamente con el deudor, debe hacerse aplicación de lo dicho respecto de los deudores mancomunados.

184.—Habiendo varios fiadores, la confusión que se produzca respecto de uno de ellos, no extingue la obligación de los demás (2324 C.), por una razón análoga á las expresadas.

TITULO OCTAVO.

DE LA DESTRUCCION Ó PERDIDA DE LA COSA.

185.—La *pérdida* ó *destrucción total*, por caso fortuito, de la cosa que se debía, extingue completamente la obligación; mas si la pérdida ó destrucción ha sido parcial, subsiste en lo que haya quedado de ella

(2355 C.). Este modo de extinguirse las obligaciones solo tiene cabida cuando se debe una cosa específica, cierta y determinada, porque el género y la cantidad nunca perecen. Si la obligación que se tiene es de entregar un caballo, un reloj, en general, ó la suma de mil pesos, el deudor nunca podrá pretender que se le exima de la obligación, porque hayan perecido los objetos ó cantidades que tenía precisamente destinados para cumplir. Mas si su obligación es de entregar tal reloj, tal caballo determinado que se le dieron en préstamo, su obligación acaba si tales objetos ciertos han perecido por caso fortuito.

186.—Como se ha dicho, no toda destrucción de la cosa sino la que procede de caso fortuito, es la que extingue la obligación. Por caso fortuito se entiende todo suceso inopinado ó fuerza mayor que no se puede prever ni resistir, como las inundaciones, los terremotos, los incendios, las sediciones, las heladas, &; y es la razón porque entonces el que debe entregar la cosa, es enteramente inculpable de su pérdida ó destrucción, y no puede por lo mismo, imputársele la responsabilidad que con justicia se atribuye en los demás casos en que hay culpa de su parte. Y como esta causa de extinción es para no gravar al deudor con una responsabilidad improcedente, y no para proporcionarle una ganancia indebida, cuando la pérdida es parcial subsiste la obligación en la parte que queda; y así, si lo debido era un rebaño, deberá volver las cabezas que queden, aunque sea una sola.

187.—En virtud de este mismo principio, el deudor que se liberte de responsabilidad por destrucción ó pérdida de la cosa, debe ceder al acreedor cualesquiera derechos que le hubiesen quedado relativos á ella (2358 .C). El objeto es que nada quede de la cosa en poder del deudor, porque sería enriquecerse con de-

trimento del acreedor, de modo que si aquel tiene acción para exigir, por cualquier motivo, alguna indemnización por la perdida de la cosa, debe cederla al acreedor.

188.—Como es natural, no basta que el deudor diga que la cosa ha perecido por caso fortuito para que se extinga su obligación sino que él que es el responsable, tiene que acreditar que la pérdida ocurrió así, ó lo que es lo mismo, á él le toca probar su inculpabilidad (2356 C.).

189.—Un caso de excepción hay en que la pérdida ó destrucción, aunque sea por caso fortuito, no exime de la obligación, y es cuando se trata de una cosa adquirida por medio de delito, por ejemplo, por medio de hurto, robo, estafa, &, pues entonces, el que así la obtuvo, siempre está sujeto á la restitución del precio y á la indemnización por daños y perjuicios. Esto se ha establecido en pena del orígen criminal de la adquisición para no confundirla con las adquisiciones legítimas y porque el delincuente está constituido en mora respecto del dueño desde el momento en que mediante un delito ha obtenido la cosa (349 Dec. de Ref. N. ° 272.

190.—Lo dicho hasta aquí se aplica á las obligaciones en general. El Código contiene respecto de algunos casos determinados, disposiciones especiales. Así sucede en el comodato, que si la cosa fué tasada al prestarse, la pérdida, áun ocurrida por caso fortuito, es de cuenta del que la recibió, si no hubo pacto en contrario (1932 C.).

191.—Como desde el día en que ha de entregarse una cosa, corre de cuenta del que debe recibirla aunque no se haya entregado, no siendo por mora del deudor (1432 C.); y como incurre en mora el que no cumple con entregar la cosa debida, después que se le exige, y el que no la entrega el día señalado en el pacto, si se expre-

só que lo hiciese sin necesidad de pedírselo (1433 C.), se deduce que si la cosa perece por caso fortuito después de constituido en mora el deudor, su obligación no se extingue. Casos de aplicación de estos principios son que el comodatario responde del daño y pérdida de la cosa, cuya devolución ha demorado, aunque provenga de caso fortuito (1938 C.). Que si la cosa prestada perece por caso fortuito y el comodatario, incurriendo en la culpa que debe prestar, no la salvó, está obligado á pagarla al comodante (1941 C.). Que el depositario, en caso de demora, responde de los deterioros y pérdidas que ocurran, áun por caso fortuito (1962 C.). Que ni el marido ni sus herederos son responsables de la pérdida de los bienes de la mujer, ocurrida por accidente que no les sea imputable (1112 C.). Que el arrendatario no responde de las pérdidas y daños sobrevenidos sin culpa suya ni de sus dependientes, huéspedes ó subarrendatarios (1724 C.). Que el acreedor debe pagar el valor de la prenda, áun perdida por caso fortuito, si ocurrió después de pagado el crédito ó cumplida la obligación y no tuvo justa causa para demorar la devolución (2003 C.). Que si el gestor da á los negocios un giro que el dueño no acostumbraba dar, será responsable de los casos fortuitos (2256 C.). Que no se extingue el contrato de locación, si la pérdida ó destrucción de la cosa ha sido por caso fortuito, y no del todo sino de una parte de ella (fr. 1.ª 1730 C.).

TITULO NOVENO.

DEL MUTUO DISENSO.

192.—Otro modo general de extinguir las obligaciones es el *mutuo disenso*, ó sea *el convenio entre la persona responsable de ellas y la persona á cuyo faexisten, de queden sin efecto* (fr. 1ª 2349 C.).

194.—Si resulta perjudicado un tercero en virtud del mutuo disenso, éste se tiene por no existente en lo relativo á los derechos de la persona perjudicada, de modo que en lo relativo á esos mismos derechos, se reputará subsistente la obligación (fr. 2.ªs 2349 y 2350 C.).

195.—Al decirse que el mutuo disenso es un modo general de extinguir las obligaciones, no debe extenderse, mientras no haya disposición expresa, al matrimonio que la ley declara indisoluble, ni á las otras obligaciones en que ella rechaza de una manera especial la terminación por mutuo consentimiento. En todos los demás, sí es aplicable porque, según el aforismo del Derecho romano, nada es tan natural como que las cosas se deshagan del mismo modo que se hicieron.

196.—El mutuo disenso tiene lugar principalmente cuando áun no se ha ejecutado la obligación, ó como se dice en términos jurídicos, cuando la cosa está íntegra todavía.

197.—Después de ejecutada, el mutuo disenso, más que disolución de la primera obligación, es la creación de una nueva en sentido contrario.

TITULO DECIMO.

DE LA CESION DE BIENES.

198.—La *cesión de bienes* es el *abandono voluntario que el deudor hace de todos sus bienes á su acreedor ó acreedores cuando no se halla en estado de pagar sus deudas á consecuencia de accidentes inevitables* (2370 C.). Puede considerarse como uno de los modos de extinguirse las obligaciones; pero se diferencia del pago en que éste acaba completamente con la obligación, mientras que, cuando los bienes cedidos no alcanzan á satisfacer íntegramente á todos los acreedores, el deudor queda obligado á entregar el resto si mejora de fortuna. Se considera también como un beneficio para el deudor de buena fe que goza ya del de competencia en los bienes que adquiere después, y queda libre de apremio personal en las legislaciones en que se admite la prisión por deudas. Conviene examinar: 1. ° cuáles son los requisitos para la cesión: 2. ° qué bienes comprende; 3. ° qué efectos produce; y 4. ° el beneficio de competencia en particular.

I.

199.—Para la cesión deben concurrir los requisitos siguientes: 1. ° que se haga por persona capaz, es decir, que tenga la libre disposición de sus bienes: el guardador no puede ceder los bienes que administra,

sin aprobación judicial (1407 C. pr.): 2.° que se haga ante el Juez competente con relación de los motivos del mal estado de los negocios, y acompañando listas que expresen cuáles son sus acreedores, cuáles sus deudores y cuáles sus bienes y existencias, y que el Juez la admita con conocimiento de causa (2371 C.-1408 C. pr. y 278 Dec. de Ref. N.º 273). Por el Código, se necesitaba además que se oyera á los acreedores porque cualquiera de ellos tenía derecho de exigir que el deudor justificara previamente su inculpabilidad en el mal estado de sus negocios; mas esto carecía de objeto; y así, el artículo 352 del Dec. de Ref. N.° 272 lo modificó y estableció que los acreedores están obligados á aceptar la cesión, que al fin, es para ellos entonces lo menos malo; pero sin perjuicio de las acciones que tengan para proceder contra el deudor si pueden justificar, ó á consecuencia del juicio resultare probado, que fué fraudulenta su conducta.

200—Los acreedores, conforme al Código, podían oponerse á que se admitiera la cesión siempre que faltara cualquiera de estos requisitos; y áun concurriendo todos ellos, no estaban obligados á aceptar, si se acreditaba que estaba el deudor en alguno de los casos que siguen:

1.° Si había enajenado, empeñado ó hipotecado, á sabiendas bienes ajenos como propios.

2.° Si había sido condenado por hurto ó robo, falsificación ó quiebra fraudulenta.

3.° Si ya había obtenido quitas ó esperas.

4.° Si había dilapidado sus bienes.

5.° Si no había hecho una exposición verídica y circunstanciada del estado de sus negocios, ó se había valido de cualquier otro medio fraudulento para perjudicar á sus acreedores (2373 C.).

201.—Considerada la cesión como un beneficio pro-

cedían las excepciones anteriores, fundadas unas veces en hechos punibles del deudor que lo hacían indigno de que se le otorgara; y otras en que ya había disfrutado con anterioridad de un beneficio de más consideración, ó análogo por lo menos. Pero, como la parte más positiva de ese beneficio está en eximirse del apremio personal y éste no tiene lugar entre nosotros porque no se permite la prisión por deudas, resultaba que en todos los casos admitirían los acreedores la cesión, ya que de otra suerte, dejando por más tiempo los bienes en manos del deudor, ellos serían los perjudicados. Y de todos modos, aunque no admitieran la cesión que produce el concurso llamado voluntario, podían demandar y ejecutar al deudor, y se iba entonces á parar al mismo punto de desposeerlo de sus bienes. Por esa razón, la reforma suprimió todos esos casos en que se decía que los acreedores no estaban obligados á aceptar la cesión. No era sin embargo, razón legal para que los acreedores se opusieran á la cesión la estipulación que hubieran hecho con el deudor de que no se acogería á ella, pues la ley no autorizaba la renuncia de ese beneficio (2371 C.), importante donde existe la prisión por deudas: donde no existiera, como entre nosotros, ningún caso había de presentarse tampoco en que los acreedores exigiesen del deudor esa renuncia de hacer cesión, cuando por el contrario, dadas las malas circunstancias de éste, es lo mejor que puede hacerse en favor de ellos.

II.

202.—La cesión debe comprender todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables que son los siguientes:

1. ○—El lecho cuotidiano y los vestidos y muebles comunes y de uso indispensable del deudor, de su mujer y de sus hijos, no siendo de lujo según las circunstancias de las personas y á juicio del Juez:

2. ○—Los instrumentos y útiles necesarios que sean indispensables para el arte ú oficio á que el deudor esté dedicado:

3. ○—Los bueyes y otros animales necesarios para la labranza cuando el deudor subsista de ella y sean indispensables para ese objeto:

4. ○—Los libros indispensables de los abogados y demás personas que ejerzan profesiones literarias:

5. ○—Los libros y los instrumentos indispensables á los médicos, cirujanos é ingenieros.

6. ○—Las armas y caballos indispensables á los militares en actual servicio:

7. ○—Los efectos propios para el fomento de las negociaciones industriales, en cuanto fueren necesarios para su servicio y movimiento:

8. ○—El derecho de usufructo; pero no el ejercicio de aquel ni los frutos de éste:

9. ○—Los derechos de uso y habitación:

10. ○—Las pensiones de alimentos presentes:

11. ○—Las servidumbres, á no ser que se embargue el fundo á cuyo favor estaban constituidas: (197 Dec. de Ref. N. ○ 273.)

12. ○—Las tres cuartas partes del importe de sueldos ó salarios que no lleguen á ochocientos pesos anuales: las dos terceras, de ochocientos á dos mil; y la mitad, de dos mil en adelante (932 C. pr.).

III.

203.—La cesión de bienes produce los efectos siguientes:

1.° El deudor queda separado, de derecho, de la administración de sus bienes y no puede recibir pagos válidamente (353 Dec. de Ref. N.° 272), lo cual es una consecuencia natural é indispensable del abandono ó entrega que hace de sus bienes.

204.—Conforme al Código, el deudor quedaba libre de todo apremio personal; pero tal disposición era incomprensible entre nosotros que no tenemos el apremio personal por deudas comunes; y sin duda se olvidó esta circunstancia al adoptarse en esta parte el Código de Chile; por lo cual quedó ya suprimida en el Dec. de Ref. (art. y Dec. cit.).

205.—2.° Las deudas se extinguen hasta la cantidad que sean satisfechas con los bienes cedidos (2.°-2375 C). como que en realidad esa cesión no es en el fondo más que un pago parcial, y éste es uno de los casos de excepción de la regla de que el acreedor no está obligado á recibir por partes el pago de la deuda.

206.—3.° Si por no haber bastado los bienes cedidos para la completa solución de las deudas, el deudor fuere perseguido, en lo de adelante, en los que ha adquirido después, para el pago íntegro, goza del beneficio de competencia 3.° 2375-6.°-2382 C.). La ley deja subsistente pues, la obligación del deudor de completar el pago cuando mejore de fortuna, pero en atención al abandono que ya una vez hizo de todos sus bienes, y para no quitarle el estímulo para el trabajo y la adquisición, lo autoriza para conservar siempre lo que se requiere para su modesta subsistencia.

207.—4.° Se transfiere á los acreedores la facultad de disponer de los bienes y de sus frutos hasta pagarse de sus créditos (fr. fin. 2375 C.). Esta es en efecto, la consecuencia natural de la cesión, y no de ningún modo, transferir á los acreedores la propiedad de los bienes del deudor. El que cede sus. bienes no tiene el

propósito de transmitir su propiedad á sus acreedores sino el de sustraerse á la molestia de ejecuciones y al apremio personal, donde existe; y para eso quiere pagar sus deudas hasta donde pueda, para lo cual se procede á vender sus bienes á fin de aplicar su precio á la extinción de los créditos. Este es por tanto, el único derecho que la cesión debe producir á favor de los acreedores; así es que si el precio de una parte de los bienes basta para satisfacer todas las deudas, los demás ni quedan en poder de los acreedores ni se venden sino que se devuelven al deudor.

208.—El efecto del beneficio de competencia se produce desde que se admite la cesión, sin tener que aguardar el término del concurso, porque una vez admitida, nada resta que hacer al deudor. Si el juicio se demora, no es culpa de él que cumplió por su parte con lo que le tocaba desde que la cesión se le admitió. El resultado del juicio será el pago de una mayor ó menor parte de las deudas, pero ese resultado no tiene influencia alguna en los beneficios que la ley otorga al deudor. Así pues, admitida la cesión, aunque al día siguiente adquiera bienes el deudor, por herencia, donación ó de otra manera, goza en ellos del beneficio de competencia respecto de los acreedores en cuyo favor hizo la cesión.

209.—5.° Cesan los intereses de los principales tomados á mutuo por el concursado, ó que se deban por cualquiera otra obligación personal (1414 C. pr.).

210.—6.° Se tienen por vencidos los plazos de todas las deudas pendientes, con descuento del interés por la anticipación del pago, si éste llega á verificarse antes del tiempo prefijado en la obligación (2.°-1415 C. pr.). El interés descontable es el legal, si no estuviere pactado ningún otro; y el descuento no tendrá lugar en las deudas que procedan de préstamo gra-

tuito, ni en aquellas en que por la anticipación del pago, dejarían de correr los intereses pactados (1416 C. pr.).

211.—Aunque la cesión haya sido admitida al deudor, como no es título traslativo de dominio, según antes se ha visto, puede arrepentirse de ella el deudor con tal de que todavía estén por venderse todos ó algunos de los bienes; y pagando á los acreedores íntegramente, que es á cuanto se extiende el derecho de éstos, no pueden ellos oponerse á que él retire la cesión y recobre los bienes que no hayan sido enajenados (2376 C.). Respecto de los que ya lo hubieren sido, está completamente consumado el negocio, y el arrepentimiento del deudor no puede surtir efecto en perjuicio de tercero.

212.—Hecha y admitida la cesión de bienes, los acreedores pueden dejar al deudor, si quieren, la administración de ellos, y hacer con él todos los arreglos que estimaren convenientes siempre que en ello consienta la mayoría de los acreedores concurrentes (2377 C.). Constituye mayoría en las juntas el voto conforme de las dos terceras partes en valor de créditos, número que se requiere para que haya junta (1419 C. pr.); y su acuerdo es obligatorio no solo para los que han asistido, sino también para todos los que han sido citados en la forma debida (fr. 1ª-2378 C.); pero los acreedores prendarios ó hipotecarios y los que tienen privilegio para no entrar al concurso, y hacen uso de él, no serán perjudicados por el acuerdo de la mayoría (354 Dec. de Ref. N.° 272). Los propietarios, hipotecarios y prendarios ni áun entran al concurso (357 Dec. de Ref. N.° 272); y respecto de los otros, la excepción procede de que su derecho privilegiado se reduciría á nada, si en mano de los acreedores puramente personales estuviera obligarlos á pasar por los arreglos con el

deudor, cuando ellos no solo no admitieron la cesión sino que ni entraron al concurso en uso del favor que la ley les otorga.

213.—El beneficio que resulta de la cesión de bienes es puramente personal, y de consiguiente no aprovecha á los codeudores solidarios ó subsidiarios ni al que aceptó la herencia del deudor sin beneficio de inventario (2379 C.). Así, el codeudor solidario, el fiador, y el heredero sin beneficio de inventario, serán reconvenidos por todo lo que falte para el completo de la deuda.

214.—El Código decía que los efectos de la cesión en lo relativo á la facultad de arrepentirse el deudor, á su caracter personal, y á arreglos entre el deudor y los acreedores eran aplicables á los casos en que hay un concurso necesario, es decir, cuando los acreedores embargan todos sus bienes al deudor, aunque él no se haya presentado voluntariamente haciendo cesión; pero el artículo que contenía esta disposición parecía oscuro é inexplicable, y así, quedó suprimido por el 355 del Dec. de Ref. N.° 272.

IV.

DEL BENEFICIO DE COMPETENCIA.

215.—El beneficio de competencia es *el que, en algunos casos, se concede á ciertos deudores por las relaciones que los ligan al acreedor ó por otras consideraciones atendibles, para no ser estrechados á pagar más de lo que buenamente puedan, quedándoles siempre lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias.* Este bene-

ficio no destruye sin embargo, la obligación de pagar íntégramente: el objeto de la ley es no dejar al deudor en una situación extrema, así es que si después mejora de fortuna, tendrá que completar el importe total de su deuda (2381 C.).

216.—Según antes se ha indicado, este beneficio procede, ó de relaciones y consideraciones respetables entre el acreedor y el deudor, ó de circuntancias de éste dignas de atención y de favor. Por el primer motivo, el acreedor tiene que conceder ese beneficio:

1. ° A sus ascendientes, descendientes y hermanos (356 Dec. de Ref. N. ° 272): no sería en efecto ni natural que cuando personas ligadas con vínculos tan inmediatos de parentesco fuesen las unas acreedores de las otras, llevaran su exigencia al extremo de privarse de lo indispensable para subsistir. Fundado entonces el beneficio en las relaciones de intimidad y de cariño que entre ellos se suponen, deja de tener lugar cuando median causas graves de ofensa que destruyen esa suposición. Así, los descendientes y ascendientes no gozarán del beneficio si hubieren irrogado al acreedor alguna de las ofensas que respectivamente sirven para negar alimentos á descendientes ó ascendientes; y con mayor razón tiene esto igual aplicación respecto de los hermanos.

La ley habla en general de ascendientes y descendientes; así es que se comprenden los legítimos é ilegítimos reconocidos y áun los adoptivos.

2. ° A los consocios, en los mismos casos que á los hermanos (4. ° 2382 C.), pues en lo relativo á la sociedad, en cuanto á consideraciones y efectos favorables, las leyes los tienen como tales. El beneficio queda limitado entre ellos á las acciones que nazcan del contrato de sociedad que es el que da origen al favor de la ley.

3.° Al cónyuge que no está divorciado por su culpa (2.°-2382 C.). Median entre los cónyuges las mismas ó más poderosas razones que entre los otros parientes; pero difícilmente se realizará, fuera del divorcio, el caso de que sean acreedor y deudor, y de que se hagan exigibles los derechos pecuniarios que el uno pudiera tener respecto del otro, tanto más que sobre el marido pesa la obligación de mantener á la mujer.

4.° Al donante, pero solo en cuanto se trata de hacerle cumplir su donación prometida (5.° 2382 C.). En efecto, derivándose el derecho del donatario de una mera liberalidad, no puede tolerársele que ejecute el acto de ingratitud de estrechar al donante á entregar todo lo donado, cuando sus circunstancias no le permiten hacerlo porque quedaría sin lo preciso para su decente subsistencia. Mas si la acción del donatario proviene de otro título, no procede el beneficio porque falta la razón.

217.—5.° Por el segundo motivo indicado, se concede al deudor de buena fé que hizo cesión de bienes y es perseguido en los que después ha adquirido, para el pago completo de las deudas anteriores á la cesión; pero solo le deben acordar este beneficio los acreedores á cuyo favor se hizo (6.°-2382 C.). El deudor que ya entregó todos sus bienes á sus acreedores, y que, á fuerza de trabajo, adquiere algo con posterioridad, si no queda libre de la obligación de completar los pagos que no pudo hacer íntegramente, sí merece alguna consideración para no ser reducido á la miseria; y por esto le otorga la ley el beneficio respecto de sus acreedores que ya percibieron el producto de los bienes cedidos.

218.—Es de advertir que no se pueden pedir alimentos y beneficio de competencia al mismo tiempo. El deudor elige entre uno y otro (2383 C.) Esto no sig-

nifica que el que no tiene bienes y pide alimentos haya de pagar con ellos el crédito del alimentante, porque en los alimentos que no son pretéritos no cabe compensación (76 y 340 Dec. de Ref. N.° 272), sino que si el deudor tiene bienes pero que son los indispensables para su modesta subsistencia y goza del beneficio, no puede, además de conservarlos, pedir alimentos porque éstos solo se deben en la parte á que no alcanzan los medios del alimentario. Mas si el deudor quiere renunciar todos los bienes sin reservarse parte alguna, puede pedir alimentos. El beneficio de competencia puede ser mejor que el derecho de pedirlos cuando solo se pueden reclamar los naturales ó estrictamente necesarios; y ser inferior á él, cuando los alimentos debidos son civiles y los bienes del alimentario no alcanzan á proporcionar una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias (Fabres).

TÍTULO UNDÉCIMO.

DE LOS CONTRATOS EN GENERAL.

219.—En el título presente se tratará 1.° de los contratos en general y sus divisiones, 2.° de sus requisitos esenciales, 3.° de sus efectos y 4.° de su interpretación.

PARRAFO PRIMERO.

DE LOS CONTRATOS EN GENERAL.

220.—Este párrafo se propone 1.° explicar la naturaleza del contrato, 2.° expresar sus varias divisiones.

I.

221.—*Contrato es una convención formal celebrada entre dos ó más personas, por la que se obligan legalmente á dar, hacer ó no hacer alguna cosa* (1396 C.). Es una convención, es decir, hay consentimiento de dos ó más personas sobre una cosa ó hecho, porque ese consentimiento es el fundamento indispensable del contrato; y tiene naturalmente que prestarse por más de una persona, ya que ninguno puede obligarse absolutamente á favor de sí mismo; pero puede ser por más de dos como en la compañía ó sociedad, en la fianza, ó en cualquiera de los otros contratos, si intervienen varias personas de una ó de ambas partes. Indiferentemente suelen usarse las palabras *convención*, *convenio* y *pacto;* pero la primera designa más propiamente, como término, genérico todo compromiso contraído por el consentimiento; el convenio recae sobre los puntos incidentales ó de modificación que sobrevienen en un contrato ó para terminar una obligación preexistente; y el pacto se refiere á los compromisos especiales que se contraen, cuando se celebra un contrato, para añadirle una modificación que lo hace separarse de la regla general, como los de adición, el comisario, la retroventa, de suerte que son accesorios de un contrato (1619 C.).

222.—La convención para el contrato, ha de ser formal, es decir, ha de haber consentimiento debidamente manifiesto y comprobado, porque cuando es solo presunto la ley presume que lo que hay es cuasi contrato.

223.—El objeto de la convención es dar, hacer ó no hacer alguna cosa; y ha de producir obligación legal

para que quede constituida en contrato, es decir, debe ser, entre las innumerables convenciones que pueden celebrar los hombres, de aquellas que no solo producen un vínculo moral ó social, como la de salir á paseo &, sino un verdadero vínculo legal de manera que puedan ser reclamadas en juicio. Esto equivale á lo que en derecho romano se entendía porque la convención tuviera *nombre*; esto es, que fuese de aquellas que, por su mayor frecuencia, necesidad é importantes efectos han sido reglamentadas especialmente por la ley con una denominación particular. Dos que se ponen de acuerdo en tomar, tal día, un paseo por el campo, hacen una convención, pero que no es asunto de contrato porque no es de las que causan vínculo legal para ser judicialmente exigidas, ni la ley ha reglamentado ni tenido para que reglamentarla. Mas si el convenio es que uno entrega al otro tal cosa de su propiedad y éste una cantidad por ella, la convención formará el contrato de venta.

I.

224.—Los contratos son *unilaterales y bilaterales*. Unilaterales si la obligación recae solamente sobre una de las partes contratantes, como en el mutuo que, constituido ya por la entrega del dinero, ninguna obligación deja al dueño de él, sino solo al que lo recibió prestado. Bilaterales si resultan obligaciones para una y para la otra parte, aunque después de la celebración solo subsista una, como la venta en que tiene las suyas tanto el comprador cuanto el vendedor (1391 C.). Como se ve pues, lo unilateral no significa que haya una sola parte, ni que uno se obligue á fa-

vor de sí mismo, sino que la convención no produce, por su naturaleza, obligaciones más que para una de ellas. Algunos agregan á esta división un tercer miembro, el de *intermedios:* es decir, aquellos que no producen una sola acción como la directa que resulta del mutuo á favor del dueño de lo prestado para recobrarlo; ni producen desde el principio, dos acciones directas, como la venta, sino que siendo tales que al principio solo para uno hay acción como en el comodato, puede después, sin embargo, nacer para el otro también, por un hecho posterior que dé motivo á indemnización. Esta acción se llama *contraria* á diferencia de la otra que es *directa;* pero ni el Código admite ese tercer miembro ni es indispensable porque no altera la sustancia del contrato. A los contratos unilaterales también se les llama lucrativos porque generalmente toda la utilidad es para uno solo; y onerosos á los bilaterales porque utilidad y responsabilidades son en ellos recíprocas

225.—Los contratos son *principales ó accesorios.* Principales los que subsisten por sí solos, independientes de otro cualquiera; y accesorios los que suponen otro contrato al cual se agregan en algún concepto (1399 C.). Así, la venta, el mutuo son contratos principales; pero la fianza, la hipoteca convencional y la prenda son contratos accesorios porque suponen necesariamente uno para cuya seguridad se constituyen.

226.—También son *aleatorios* y *conmutativos.* Conmutativos aquellos en que los otorgantes se obligan á dar ó hacer una cosa cierta y determinada que es equivalente ó compensación de otra; y aleatorios aquellos en que las pérdidas ó ganancias dependen de un acontecimiento incierto como la apuesta, el seguro, el contrato á la gruesa (1400 C.).

227.—El Código los divide también en *absolutos y condicionales*, según que su realización ó subsistencia es independiente de toda condición, ó que depende de un suceso incierto ó ignorado por ellas (1401 C.) como la venta de un caballo si recibo mañana otro que he pedido. Se diferencian estos de los aleatorios en que en los últimos no hay contingencia respecto al contrato mismo sino á las pérdidas ó ganancias. Así, el seguro subsiste, llegue ó no á su destino lo asegurado: si llegá, gana el asegurador: si no, el asegurado; pero en la venta condicional, si la condición se cumple, hay contrato; y si no, no existe.

228.—La división más importante de los contratos es en *reales* y *consensuales*. Consensuales son todos aquellos en que basta el consentimiento de las partes para que queden perfectos, es decir, para que produzcan sus acciones y obligaciones propias; y reales aquellos que requieren, para su perfección, la entrega de la cosa (1398 C.).

229.—Esta división no es caprichosa ni formularia, sino que depende de la naturaleza de las cosas; porque hay convenciones que no pueden dar acción ni obligación mientras no haya entrega, como el mutuo y el comodato en que no puede nacer la obligación de devolver mientras no se ha recibido; y hay otras como la compra en que, prestado el consentimiento en forma legal, pueden ejercitarse ya las acciones de pedir la cosa el comprador y el precio el vendedor &. Contratos reales son el mutuo, el comodato, el depósito, la donación y la prenda é hipoteca. Consensuales, la promesa, la compra, la permuta, la locación ó arrendamiento, la sociedad, la transacción, el mandato y la fianza.

230.—La promesa puede referirse á contratos reales ó consensuales, pero ella por su naturaleza es consen-

sual y se diferencia del contrato sobre que recae, así es que no han de confundirse la promesa de venta y la venta; la promesa de mutuo y el mutuo mismo.

231.—Como se ve, estas divisiones se hacen atendiendo á consideraciones diversas ó sea, tomando los contratos en diferentes aspectos; de suerte que en un miembro de una división, pueden encontrarse algunos que pertenezcan á diversos miembros de otra.

232.—Antes se dividían también en *nominados é innominados*; pero éstos pueden reducirse facilmente á alguno de los primeros. Doy para que des ó para que hagas: hago para que des ó para que hagas, son verdaderos arrendamientos de obras y se rigen por los principios de ellos (1775 C.).

233.—Por último, en cuanto á la forma en que ha de hacerse constar el contrato y por más que eso no afecte su naturaleza, sino que establezca un requisito indispensable para la seguridad de estar celebrado, pueden dividirse los contratos en contratos *escriturarios* que necesitan indispensablemente que se hagan constar en escritura pública ó privada, ó se comprueben por confesión judicial (1404 C.); y contratos *simples* ó verbales, que pueden hacerse constar por otros medios.

234.—Pertenecen á la primera clase: 1.° Los contratos sobre traslación de inmuebles ó derechos reales que forzosamente han de constar por escritura pública é inscribirse en el registro de la propiedad (233 Dec. de Ref. N.° 272 y 2065 C.), ó en que se constituyan, reconozcan, modifiquen ó extingan derechos reales; y el arrendamiento por más de seis años ó en que se anticipe la renta de tres ó más años. Así se establece en particular para la compra (245 Dec. de Ref. N.° 272): para la venta de acciones, servidumbres y demás derechos sobre inmuebles (1502 C.): para la permuta

(1653 C.): para los arrendamientos (269 Dec. de Ref. N.° 272): para la anticresis (2009 C.): para la cesión del crédito hipotecario (294 Dec. de Ref. N.° 272), y para la hipoteca (2018 y siguientes y 300 Dec. de Ref. N° 272). Sin la escritura pública debidamente inscrita, ó por lo menos presentada al registro para su inscripción, el acto no puede absolutamente perjudicar á tercero (2101 y 2103 C.); y sin esto, ó en su falta, sin la confesión judicial, tampoco surtirá efectos entre los mismos contratantes. Entre éstos, la confesión judicial sirve para prueba del contrato y para todas la consecuencias legales entre ellos, siendo una la de poder compeler al otro al otorgamiento de la escritura (245 Dec. de Ref. N° 272).—2.° Los contratos que aunque no recaen sobre inmuebles, versan sobre cosa cuyo valor excede de quinientos pesos, los cuales han de constar por escritura pública ó documento privado (234 Dec. de Ref. N.° 272), y en falta de eso, por confesión judicial que dá derecho á exigir la escritura. Así está aplicado en particular expresamente á la venta (246 Dec. de Ref. N.° 272), á la permuta (1654 C.), al arrendamiento (1669 C.), á la compañía (1779 C.), á la transacción (1833 C.), al mutuo (281 Dec. de Ref. N° 272), á la prenda (1986 C.), al mandato (318 Dec. de Ref. N° 272). En estos casos, no vale la prueba testimonial ú otra que solo se admite cuando el valor no exede de quinientos pesos (777 y 778 C. pr.) porque cuando se exige por solemnidad cierto medio de prueba, es ese el único de probar lar ealidad y legitimidad del acto (721 y 775 C. p. y 4.° 2365 C.).

235.—Pertenecen á la 2.ª clase todos los contratos que no recaen sobre bienes raíces ó derechos reales y cuyo valor no excede de quinientos pesos (777, 778 C. pr.).

236.—La razón que ha tenido la ley es tanto la de la

falibilidad de la prueba testimonial, como las facilidades de que desaparezca para el actor ó para el demandado ese medio de prueba, por la muerte, la ausencia ó el olvido de los testigos. Prescindiendo de lo generalizado que está saber leer y escribir, y de que las disposiciones legales deben tender á generalizarlo más, un contrato sobre inmuebles ó por valor de más de quinientos pesos, ya tiene una importancia relativa tal que los contrayentes pueden sin dificultad, si no saben escribir, recurrir á otra persona que lo haga; dejando así una prueba preconstituida y menos ocasionada á errores y á desaparecer que la prueba testimonial.

237.—Mas áun en los casos en que se necesita escritura pública ó privada, hay contrato legalmente comprobado, si se acredita por cofesión judicial, porque ésta es una prueba inequívoca que consta por un medio auténtico. Esto se entiende sin embargo, para cuanto no afecte los derechos de tercera persona; pues si el acto requiere inscripción en el registro, mientras no se haga, no surte sus efectos respecto de otro, porque solo lo inscrito le perjudica; y si requiere escritura pública, la confesión no puede desvirtuar los derechos del que ya la tiene anterior, es decir del que ha cumplido con la disposición legal. La confesión en tales casos da solamente acción personal contra el que la hace para las responsabilidades procedentes del contrato confesado.

238.—La doctrina de que la confesiòn judicial prueba la existencia y validez del contrato no reducido á escritura pública ó documento privado, es expresa y terminante respecto de los que no recaen sobre inmuebles. Acerca de los que no versan sobre éstos, pudiera decirse que el artículo 1404 que trata de eso, solamente hace referencia determinada al artículo an-

terior que no habla de los contratos sobre inmubles sino de aquellos cuyo valor pasa de quinientos pesos. Parece claro sin embargo, que comprende á unos y otros, tanto porque hay exactamente la misma razón pues la fuerza de la confesión judicial es igual, cuanto porque así se halla manifiestamente declarado en orden á la venta de raíces (245 Dec. de Ref. N.° 272) y porque hay que tener presente además que en el Código del Perú de donde fué tomada esta materia, no había más que el artículo correspondiente al que en el código lleva el N.° 1402, de suerte que por eso el otro que se tomó con el N.° 1404, se refería, en singular, á él, y en singular se trasladó también sin atender á que había introducido entre los dos un artículo nuevo.

239.—Conviene advertir que la exigencia del registro en el de la propiedad, ó de documento público ó privado, no desvirtúa la naturaleza del contrato, la cual no puede cambiar la ley. Consensual es siempre la venta aunque sea de raíces, porque perfecta queda por el consentimiento recíproco; y porque probada en forma auténtica por la confesión judicial, se puede exigir el otorgamiento de la escritura y proceder á la inscripción; pero para los efectos respecto de tercero, la ley puede exigir, por consideraciones tan atendibles como las que se expresarán en su lugar, que el consentimiento se exprese y conste en cierta forma solemne y tal que no dé márgen á duda alguna.

240.—Hay por último, que atender á la diferencia técnica entre la perfección y la consumación de un contrato, especialmente para la traslación de dominio. Está perfecto desde el punto en que pueden ejercitarse derechos y obligaciones: v. g. en la venta, desde que consta el consentimiento legalmente expresado, esto es, desde que hay título legítimo; y está consumado, cuando se verifica la entrega de la cosa que es su objeto.

PARRAFO SEGUNDO.

DE LOS REQUISITOS ESENCIALES DE LOS CONTRATOS.

241.—Requisitos de un contrato son todos los elementos precisos para que exista; y entre ellos, los hay esenciales, naturales y accidentales. Esenciales son los elementos constitutivos indispensables, sin los que el contrato no puede existir. Naturales son todas aquellas condiciones ó circunstancias que, atendida su naturaleza ordinaria, intervienen en él; pero pueden faltar por voluntad de los contrayentes como el saneamiento en los contratos onerosos; y accidentales, por último, los que se refieren á puntos enteramente secundarios, dependientes en todo de la voluntad de los que contratan: g. v: que el precio de lo vendido se entregue en monedas de tal ó cual clase. Este párrafo no se refiere á los requisitos naturales y accidentales, porque no son propios de todos los contratos, sino solo á los esenciales, y áun de éstos, únicamente á los que son comunes á todos ellos. Esos requisitos son: 1.° Capacidad legal para contratar, 2.° Consentimiento, 3.° Objeto ó materia del contrato, 4.° Causa justa de la obligación (1406 C.). Va á hablarse de cada uno de ellos en particular.

I.

242.—*Capacidad* es la *aptitud legal para contratar* y por regla general, todos la tienen (1416 C.), de suer-

te que para negarla á alguno es indispensable que esté comprendido en una de las limitaciones expresas de la ley, la cual no impide el ejercicio de esa facultad, sino por la presunción de que las personas carecen de la capacidad natural ó discernimiento necesario para obligarse; ó porque, áun cuando naturalmente lo tengan, median consideraciones atendibles de interés público para restringirlo.

243.—Por falta de la capacidad natural que presume la ley, tienen impedimento para contratar los menores que no están provistos de la correspondiente habilitación (1º 1417 C.); y esto con el principal objeto de evitarles los perjuicios á que se les expondría. La habilitación legal ó judicial autoriza al menor según se explicó en su lugar (Lib. 1º Tít. 1º párr. 4º Nº 172.), para contratar como si fuera mayor; solo que si es para enajenación ó hipoteca de bienes raíces, necesita autorización judicial, y que la enajenación se haga en pública subasta.

244.—Tampoco pueden contratar, aunque sean mayores, los que están privados de la administración de sus bienes (3.° 1417 C.). De éstos, unos se hallan privados de ella por incapacidad mental, de suerte que hay mayor razón aún que para los menores, como los locos y fatuos (33 C. y 4.° Dec. de Ref. N.° 272), por los cuales contratan sus representantes, sujetándose generalmente á las formalidades y con las restricciones de los tutores (429 C. y 1699 y siguientes C. pr. civ.). A otros se impone la prohibición, aunque sean mayores y tengan capacidad mental, como consecuencia ó accesorio de la pena de muerte indultada, ó de la de presidio con retención (35 y 36 C. pen.); pero ya en otra parte se ha expuesto lo conveniente que sería hacerla desaparecer (Lib. 1.° Tít. 1.° § 5.° Nº 189).

245.—Según el artículo 8.° del Código de comercio,

el hijo de familia mayor de 18 años y legalmente emancipado, ó con autorización expresa de su padre, puede ejercer el comercio; ó el menor con igual licencia del tutor, ó habilitado legalmente (art. 9.°). El marido mayor de 18 años puede contratar respecto de sus bienes y los de la sociedad conyugal; pero no enajenar ni hipotecar raíces sino como los menores (49 Dec. de Ref. N.° 272).

246.—Por considerarse de interés general, no pueden contratar las mujeres casadas, si no es con autorización suficiente del marido ó del Juez (2.° 1417 C. y 47 Dec. de Ref. N.° 272), por las razones expresadas en el lib. 1.° tít. 6.° párr. 2.° N.° 406 y siguientes, fuera de los casos allí expresados; y teniendo presente además que la mujer casada comerciante puede hipotecar sus bienes raíces á la seguridad de sus obligaciones mercantiles (art. 11. C. de Com.).

247.—Por consideraciones de orden análogo, hay algunos que no pueden celebrar determinados contratos (4.° 1717 C.), así es que es vedado á los jueces, bajo pena de nulidad, celebrar contratos de cualquier especie con persona que ante ellos litigue (18 C. pr.): los tutores no pueden, ni áun con licencia judicial ni en almoneda, comprar ó arrendar bienes del menor ni hacer contrato alguno respecto de ellos para sí ó para su mujer, hijos ó hermanos (363, 1.° 1517, 1518, 1.° 1673 C.).

248.—El albacea, durante el ejercicio del cargo, y mientras no haya dado cuenta de su administración y pagado el saldo, no puede adquirir ni por sí ni por medio de otro, bienes y derechos de la testamentaría, ni créditos contra ella, pena de nulidad (912 C.), y sin perjuicio de la responsabilidad criminal que tienen él, los funcionarios públicos y los expertos, árbitros, contadores, partidores, tutores y guardadores que procu-

ren su interés en cualquier contrato en que intervengan por razón de su cargo (252 C. pen.). De los demás que no pueden celebrar el contrato de compra (1516, 1517 C.), tomar en locación ó arriendo (1673 C.), transigir (1845, 1846 C.), se hablará cuando se trate de cada contrato en especial, advirtiendo sí ahora que, á fin de precaver los daños y fraudes que resultarían de que los incapaces pudieran ocultar su incapacidad, se halla dispuesto que en la introducción de los documentos públicos se exprese el estado civil de los otorgantes y se dé fé de conocerlos (46 Dec. de Ref Nº 272); y también se prohibe á los escribanos autorizar contratos entre personas incapaces de contratar (2º 187 C. pr.).

II.

249.—Supuesta la capacidad de contratar, el otro requisito esencial del contrato es el consentimiento (1º 1406 C.), como que todo contrato es una convención y ésta es el consentimiento de dos ó más personas respecto de una cosa. El consentimiento, para ser legítimo ha de ser prestado con conocimiento y con libertad y ser claro y deliberado, y se oponen á él aquellos vicios que destruyen algunas de esas condiciones, como el error, el dolo, la fuerza ó violencia, ó la falta de autorización de quien lo presta, casos en que no es válido el consentimiento (1407 C.).

250.—El consentimiento en los contratos debe ser *real* y *verdadero* porque en eso se diferencia de los cuasi contratos en los cuales el consentimiento es presunto, esto es, que lo supone la ley, sin admitir prueba en contrario, dados ciertos hechos y circunstancias, y más bien depende de omisiones que de actos positivos.

El verdadero puede ser *expreso* y *tácito*, pero prestado siempre de una manera inequívoca, pues se deduce de hechos positivos que lo prueban y establecen. Encargado alguno de mis negocios con consentimiento expreso mio, ó tácito por la aprobación posterior, hay contrato de mandato; encargado, sin ese consentimiento, será simplemente un gestor de negocios. El consentimiento puede expresarse directamente por la persona, ó por otra autorizada en forma legal por el contratante v. g. por un apoderado con facultad bastante, ó por un gestor de negocios, encargado bajo su responsabilidad, de los asuntos de aquella (236 Dec. de Ref. N. ° 272.).

251.—El consentimiento, según se ha dicho, debe ser prestado con conocimiento y libertad que son su base, pues no puede aceptarse lo que no se sabe qué es, ni hay verdadera adhesión á aquello que se impone por engaño ó por fuerza. Se oponen pues, al consentimiento legal el *error*, el *dolo* y *la violencia*.

252.—El error que es juicio ú opinión contraria á la verdad, puede ser *sustancial* ó *accidental:* sustancial el que recae sobre la sustancia misma de la cosa que le sirve de materia, como si se ha vendido una alhaja de metal dorado en el concepto de ser de oro; el caballo A por el caballo B; ó vino bueno, y está avinagrado; ó se compra ó arrienda cosa que resulta con vicios ocultos no conocidos antes (1598, 1727 C.); ó hay error sobre otra circunstancia que sea la causa principal de su celebración (1408 C.), y que por ese motivo se convierte en elemento esencial. Así, el error puede recaer en la causa para la convención, en la cosa que es objeto de ella, ó en la persona con quien se celebra. Respecto de la causa, para que haya nulidad, el error ha de ser en la causa principal ó determinante del contrato y no en motivos particulares ó perso-

nales que una parte haya tenido. El que ha sido promovido á un empleo y creyendo permanecer en él, toma en arrendamiento por tiempo determinado una casa, si cesa en el empleo no puede alegar nulidad por error, porque el empleo no es más que una causa impulsiva ó motivo particular independiente del contrato. Mas si uno, en concepto de heredero, se obliga á pagar una deuda del causante creyéndola existente, y después resulta que la deuda estaba ya pagada o no era efectiva, hay error en la causa principal y se puede pedir la nulidad y la restitución de lo pagado (2258 C.). El error en la causa puede estar en la ejecución aunque no medie en la celebración del contrato; y entonces, subsistirá éste, pero podrá deshacerse lo verificado para ejecutarlo. Así, si se empieza á satisfacer una obligación que tenía plazo, antes de cumplirse éste, y por creerlo ya vencido, se puede repetir lo pagado, á menos que el deudor caiga en quiebra ó disminuya por su culpa las garantías ofrecidas al acreedor (1458, 1459 C.). Se exceptúa sin embargo, lo ejecutado por el mandatario en desempeño del mandato, cuando lo hace ignorando que el mandante ha muerto ó que hay otra causa legal para hacer cesar su cargo (2214 C.); así es que, áun cuando en los contratos ó arreglos posteriores haya procedido por errror de creerse autorizado todavía, es válido lo hecho pues de otra suerte se perjudicaría indebidamente á los que de buena fé habían habían contratado con él.

253.—Accidental es el error que recae sobre circunstancias accesorias de la cosa ó sobre el nombre de ella, con tal que estén conformes en que la que se entrega es la misma que se contrató. Para que sea sustancial, ha de ser cosa diversa ó tan variada ó alterada que haya cambiado de especie ó que si el contratante hubiera sabido de esa variación, no la habría tomado.

254.—Acerca de la persona, el error será sustancial cuando el contrato ha debido celebrarse con persona determinada, por obligación ó causa especial que hay para ella sola, y no para otra; ó cuando se requieren la habilidad y pericia personal; mas nó si la persona no puede tenerse como causa principal de la celebración del contrato, de modo que lo mismo sea celebrarlo con uno que con otro. Si se hace un contrato para una obra con uno por creerlo maestro en ese arte, y resulta que no es ni entiende eso, el error es sustancial. Lo mismo, si teniendo negocios con A. celebramos sobre ellos transacción con B. creyendo ser el primero (1. ° 1852 C.). Mas si necesitándose un carpintero, contratamos á A. pero creyendo que es B., si éste puede cumplir su compromiso, no se tendrá por nulo el contrato, porque la persona no es la causa eficiente del contrato.

255.—El error de cálculo se mira siempre como accidental y no como sustancial, así es que el cometido en las transacciones debe enmendarse, pero no es causa para la rescisión (1855 C.).

256.—*Dolo* en materia de contratos, es cualquiera sugestión ó artificio que se emplea para causar engaño ó para mantener en él á alguno de los contrayentes, ya para que celebre un contrato, ya para que eluda el cumplimiento del contraído (235 Dec. de Ref. N. ° 272). El dolo da causa al contrato cuando mediante él, es inducido á contratar el que de otro modo no lo haría, y produce entonces nulidad (1411 C.); y es accidental cuando el que espontaneamente contrae, es engañado en la misma obligación, de modo que la convención es subsistente.

257.—El dolo, lo mismo que cualquiera de los otros vicios que se oponen al consentimiento, no se presume y necesita probarse. *Malo* llaman algunos al dolo

de que se ha tratado, para distinguirlo de las sugestiones y halagos que es pemitido que emplée un contratante para inducir al otro á que le compre algo, ó haga otra especie de negociación.

258.—Son nulos también los contratos celebrados por fuerza ó violencia que recae sobre los contratantes ó alguno de ellos (1412 C. 5.º y 6.º 2365 C.), pues no hay verdadero consentimiento donde falta la libertad. Para el efecto, es indiferente que sea una de las partes ó un tercero quien la haya empleado, pues siempre existe el defecto de la libertad; y en la fuerza debe entenderse comprendido el miedo (6.º 2365 C.). Mas para que la fuerza, violencia ó miedo produzcan esa consecuencia, se requiere que puedan quitar la libertad, es decir, que sean tales, por su naturaleza, que causen una impresión profunda en el ánimo de aquel á quien se imponen, por amenazársele con un mal grave en su persona, la de su cónyuge, ascendientes ó descendientes; ó con la pérdida de todos, ó de parte considerable de sus bienes (1413 C.).

259.—Se ha dicho ya que el contrato hecho por error, violencia ó dolo es nulo; pero no lo es *ipso jure*, es decir por ministerio de la ley, sino que da lugar á la acción de nulidad (1414 C.). La razón es que como la nulidad solo interesa al engañado ó violentado, solo á él le toca decidir si le conviene continuar ó no en el contrato, después que ha cesado la violencia ó se ha descubierto el error ó dolo. La continuación en el contrato sin pedir su nulidad, es un consentimiento tácito que quita los vicios del prestado al principio. Así será si, después de haber cesado, el obligado espontaneamente cumple ó comienza á cumplir lo pactado (2367 C.) ó no se pide la nulidad dentro de cuatro años (2369 C.). Así pues, más propiamente estos actos son rescindibles.

III.

260.—La validez del contrato pide además, cosa cierta que sea materia ú objeto de él (3. ° 1406 C.).

261.—Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que están en el comercio de los hombres, los derechos, los hechos y hasta los riesgos. En estando en el comercio, sin lo cual habrá nulidad (2. ° 2365 C.), no es indispensable que la cosa exista, y basta que pueda existir, es decir, que pueden, salvo las donaciones, ser sobre cosas presentes ó futuras, (708 C.), como los frutos que están por nacer, las rentas que áun no han vencido y los partos de los animales; pero siempre en el supuesto de que lleguen á existir. Mas si el que estaba obligado á darlas, emplea maliciosamente medios para que no existan, no por eso se libertará de la obligación que se convertiría sí en la de indemnizar daños y perjuicios (1511, 1512 C.). Solo se requiere que la cosa esté determinada, al menos, en su especie, v. g. el arrendamiento de una casa, la compra de un caballo, y no arrendamiento de una finca, compra de un animal.

262.—Puede recaer sobre cosas corporales, sobre incorporales y sobre el simple uso ó posesión de una cosa sin trasmisión de dominio (1419 C.), como en el comodato ó la prenda.

263.—Las cosas inciertas cuya existencia depende en todo de la suerte (1512 C.), pueden servir de materia al contrato: así sucede en los aleatorios en que se compra ó vende la esperanza.

264.—Los hechos, en cuya denominación se comprende toda clase de servicios, pueden igualmente ser objeto de contrato; pero han de ser aquellos en que tengan in-

terés los otorgantes; y que sean determinados, pues de lo contrario, por su misma vaguedad é incertidumbre no pueden servir para fijar la voluntad de los contrayentes. Han de ser también lícitos y posibles (1851 y 1.° 2365 C.). Lo mismo si es la obligación de no hacer.

265.—Los riesgos que pueden ser objeto de contrato son los que con arreglo á derecho, pueden tomar sobre sí los contratantes; no los reprobados por la ley.

266.—Cuando la parte obligada á hacer ó no hacer alguna cosa, falta por omisión ó contravención, tiene la otra parte derecho de pedir que se la autorice para que, á costa de la persona obligada, se haga lo convenido, ó se destruya lo que se hizo contra el pacto (1449 C.).

IV.

267.—Por último, se necesita en el contrato *causa*, y es nulo el celebrado sin haberla (1422 C.): en las obligaciones es causa la utilidad recíproca ó la beneficencia de uno. En los contratos onerosos, la prestación ó promesa de una cosa ó servicio; en los remuneratorios, el servicio ó beneficio que se remunera; y en los gratuitos, la sola beneficencia ó liberalidad.

268.—Aunque, como se ha dicho, ha de intervenir en todo contrato y es nulo sin ella ó con causa falsa ó ilícita (1422 C. 7.° 2365), la presunción es de que siempre la hay lícita, mientras no se pruede lo contrario, y no es necesario para la validez de la obligación que se exprese (1423, 2368 C.). Falsa causa es la que se cree ser no siéndolo realmente, y anula el contrato por que falta el consentimiento; ilícita es la contraria á las leyes ó la moral (1424 C.), y se equipara á la que no existe. Lo propio ha de ser cuando cesa la causa, si

bien ha de cuidarse de evitar los abusos de dejar sin efecto obligaciones válidas.

269.—Aunque por la sola enunciación del principio de que los contratos han de tener causa lícita, se comprende ya la insubsistencia y nulidad de muchas obligaciones; la ley expresa algunas en particular.

270.—Desde luego, nada es válido de cuanto convengan los particulares para eludir el efecto de las leyes prohibitivas ó en que esté interesado el orden público (2.º Dec. de Ref. N.º 272.).

271.—Como inmoral reprueba la ley y se tiene como nulo, el contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha fallecido, áun cuando ésta preste su consentimiento, ó cuyo fallecimiento se ignora (1421 C.), para evitar así cualquier tenatado que pudiera cometerse contra su vida.

272.—Es prohibido también el contrato de sucesión recíproca entre cónyuges ó cualesquiera otras personas (808 C.), por el motivo antes expresado y porque contraría el principio de la libre facultad de disponer de los bienes hasta la muerte.

273.—Es nulo el pacto de que el vendedor, por hecho personal suyo, no quede sujeto á saneamiento (1586 C.).

274.—No se puede estipular la retroventa por más de un año (1622 C.).

275.—Es nulo el contrato sobre abono de mejoras en que no se especifica, al menos aproximadamente, cuáles deben ser éstas, y cuál será la mayor cantidad que con tal objeto pueda gastar el arrendatario (1739 C.).

276.—Son nulas y se tienen por no puestas las cláusulas del contrato de sociedad en que se estipula que uno de los socios no tendrá parte alguna en la ganan-

cia, ó que los bienes de otro, puestos en común, estarán libres de responsabilidad y riesgos (1778 C.).

277.—Es nula la transacción celebrada en virtud de un documento nulo, si en ella no se hizo mérito de la nulidad, ó que se hizo en virtud de documentos que han resultado falsos; ó sobre pleito en que había sentencia ejecutoriada, ignorada por una de las partes á lo menos (1852 C.).

278.—La apuesta es nula y no produce obligación, cuando la parte que gana sabía con certeza, y lo ocultó, el hecho presentado como eventual (1860 C.).

279.—El seguro es nulo si en el acto de concluirse y firmarse sabía el asegurado la pérdida de la cosa, ó el asegurador que ésta se hallaba fuera de riesgo; ó si aquel cometió falsedad á sabiendas, en cualquiera de las cláusulas de la escritura (1873, 1892 C.).

280.—La fianza que excede de la obligación principal, en cantidad ó gravamen, es nula en cuanto al exceso (2224 C.).

281—No vale el pacto de suspender una partición por término mayor de cinco años (1015 C.).

PARRAFO TERCERO.

EFECTOS DE LOS CONTRATOS.

282.—En este párrafo hay que examinar 1.° la fuerza y extensión de los efectos de los contratos; 2.° las personas á quienes afectan; 3.° la diligencia que en ellos ha de prestarse; 4.° lo relativo á daños y perjuicios; 5.° lo que se refiere á intereses.

I.

283.—Los contratos tienen fuerza de ley para los contratantes, y por sus términos y por las disposiciones que reglamentan en general lo que no ha sido entre ellos materia de estipulación especial, se determinan los derechos y obligaciones recíprocas (1425 C.). Son obligatorios pues, en todo lo que no se oponga á su naturaleza ó á la ley, en cuanto se haya expresado en ellos; y obligan también y deben cumplirse de buena fe, aunque nada se haya expresado, en cuanto sea de ley ó de equidad según su naturaleza.(1426 C.).

284.—Produciendo derechos y obligaciones los contratos, es claro que no pueden rescindirse al arbitrio de uno de los contrayentes, sino que ha de hacerse por mutuo consentimiento de las partes, ó en virtud de alguna de las causas legales de rescisión. (1427 C.).

285.—En los contratos pueden distinguirse unas obligaciones principales y otras accesorias ó secundarias, según que nacen directa ó indirectamente del contrato, ó que provienen de éstas. Así, en la venta es principal la obligación de entregar lo vendido; y es secundaria la de cuidar de ello ó impedir que se destruya antes de la entrega. Esta distinción cabe perfectamente en los contratos de dar cosa determinada, pues la obligación comprende la de entregarla en el tiempo convenido y la de cuidarla entre tanto, obligación esta última que, según la naturaleza del contrato, es mas ó menos extensa (1431.C.). Cesa por supuesto, la obligación secundaria en cuanto está cumplida la principal; pero áun antes puede desaparecer si la falta de cumplimiento no depende de la voluntad

de la persona obligada, como si la entrega ha de hacerse en día fijo y el interesado no ocurre á recibirla. Desde entonces, aunque no se haya entregado la cosa, corre de cuenta del que debe recibirla, de modo que subsiste la obligación principal, y ya no la accesoria. Mas si la persona obligada á darla ha incurrido en mora, es decir, ha dejado de entregarla cuando debía hacerlo, es de su responsabilidad el detrimento que sufra la cosa mientras no se verifica la entrega (1432. C.). Incurre en mora el que no cumple con entregar la cosa ya debida, después que se le exige; y también el que no la entrega el día señalado en el pacto, si se expresó que lo hiciese sin necesidad de pedírsela (1433 C.).

286.—Cuando el contrato es para hacer ó no hacer alguna cosa, que generalmente pertenece á los innominados, y hay falta por omisión ó contravención, tiene la otra parte derecho de pedir que se la autorice para que, á costa de la persona obligada, se haga lo convenido, ó se destruya lo que se hizo contra el pacto (1449 C.), ó á cobrar los daños que resulten de la inejecución. (1434.C.).

287.—El que celebra un contrato, no sólo está obligado á cumplirlo, sino también á pagar los daños que resulten directamente de la inejecución (1434. C.). Estas dos obligaciones no se excluyen, de suerte que áun cumplida la una, no puede dejar de llenarse la otra: así pues, el que falta á lo convenido, no se liberta de su primitiva obligación, y además queda obligado á resacir los daños que haya causado, de modo que la otra parte tiene derecho para exigir ambas obligaciones. Exceptúase el caso en que la obligación se haya establecido con calidad de alternativa, esto es, se haya estipulado ó cumplir el contrato ó pagar una suma como multa, ó por los daños y perjuicios, que entonces sólo puede pedirse lo uno ó lo otro (1448, 1460,

1505 C.). Este principio está claramente explicado al tratar de las obligaciones con cláusula penal (1472, 1474, C. 224 Dec. de Ref. N.° 272.).

II

288.—Los contratantes se obligan desde luego á sí mismos y obligan á sus herederos y sucesores, porque no hacen más que reemplazar al contratante á quien éstos heredan, y así deben cumplir el contrato en los mismos términos que su instituyente, como que le suceden en todos sus derechos y obligaciones (1475. C.). Se exceptúan los casos en que se haya expresado lo contrario, pues los contratantes pueden limitar los efectos de la obligación; ó en que, por la naturaleza del contrato ó de disposición legal así resulte (1429 C.). Así, el arrendamiento acaba por muerte del arrendatario si sus herederos avisan al locador que no pueden continuar en el contrato (6.° 1728 C.); y siendo dos ó más los herederos, si la mitad ó el mayor número de ellos no manifiesta su voluntad de extinguirla, continuará el contrato sólo para éstos sin ninguna responsabilidad de los otros (Fr. 1.ª 1732 C.).

289.—El contrato de obra se disuelve por muerte del operario con quien se celebró (1771 C.), á no ser que el dueño de aquella convenga en que se continúe por el heredero ó por el operario que éste le proponga (1772 C. fr. 1ª).

290.—La sociedad se disuelve por muerte de uno de los socios, á no ser que la escritura contenga pacto expreso para que continúen los herederos del socio difunto (4º 1812 C.), cuyo efecto no es obligar á estos á

entrar á la sociedad sino obligar á los demás á recibirlos. (1816. C.)

291.—El mandato acaba por muerte del mandante ó del mandatario, pero los herederos de éste han de dar aviso al mandante y hacer, entre tanto, lo que las circunstancias exijan por el interés de éste (3. ° 2208, 2215 C.).

292.—Tienen derecho para exigir el cumplimiento del contrato los que lo han celebrado y sus herederos (1429. C, 1971. C.) y también los acreedores del contratante que tienen derechos adquiridos pueden ser autorizados para reclamarlos, si su deudor no lo hace á su debido tiempo (1430, C,); y eso es indispensable para la efectividad ó resguardo de sus derechos.

293.—Los que contratan pueden hacerlo por sí ó representando expresamente á otros. En este último caso, para que las obligaciones recaigan sobre éstos, deben los mandatarios declarar que obran en virtud de esa representación pues de otra suerte, contratan y se obligan para sí mismos. Mas bien se puede prometer el hecho de un tercero v. g. que edificará una casa, y su efecto será la sujeción á la imdemnización debida, si no cumple.

294.—Puédese igualmente, sin conocimiento de tercero, contratar á favor de éste, con igual obligación si no acepta; pero desde que él la acepte, ya no son libres los dos primeros para deshacer el contrato, pues él es ya el verdadero contratante(1428. C.).

295.—El conductor tiene derecho de subarrendar á otro el todo ó parte de la cosa, si en el contrato no se le privó de esa facultad; mas si el contrato es á partir de frutos con el dueño, sólo que éste lo haya concedido expresamente (1701, 1702. C.).

———

III.

296.—El que celebra un contrato está obligado también á resarcir los daños que se causen al otro por contravención suya por culpa ó dolo (1434. C.): esos daños pueden provenir también de caso fortuito. Hay dolo cuando hay intención directa y maliciosa de perjudicar al otro contratante, y el dolo se presta en todos los contratos, es decir, que en todos cada contrayente está obligado á evitarlo y responde por sus consecuencias (1438. C.): esta regla no admite excepción porque se opondría á la moralidad la renuncia ó pacto en contrario. Mas si no se puede pactar renunciando al dolo no cometido áun, no hay inconveniente en hacerlo respecto del cometido ya, porque entónces desaparece aquella inmoralidad, y más bien se reduce á fijar la estimación de los perjuicios causados con él, ó á renunciar el derecho de cobrarlos. Hay aplicación especial de la obligación de prestar el dolo en el comodato (1939 fr. última 1940 C.) y en el mandato (3.° 2196 C.).

297.—Si en todos los contratos se presta el dolo, es decir, que los contratantes tienen responsabilidad por él; la regla general es que en ninguno se presta el caso fortuito, es decir, la responsabilidad ó el daño causado en virtud de sucesos imprevistos, ó que si pueden preverse, no está en mano del hombre evitar sino que proceden de fuerza mayor: como un incendio, una inudación, un terremoto; y la razón es que estos accidentes no pueden imputarse al contratante, á menos que él haya querido tomar sobre sí el peligro de la cosa, áun en caso de esos accidentes, ó que ha-

ya tenido culpa en ellos, ó haya habido tardanza en la entrega.

298.—Así, destruida total ó parcialmente por caso fortuito, la cosa que se debía, se extingue total ó parcialmente la obligación, si probare el obligado su inculpabilidad (2355, 2356 C.).

299.—Como, según se ha dicho atrás, desde el día en que debe entregarse una cosa, corre de cuenta del que ha de recibirla, aunque no se haya entregado; y si el obligado á darla incurre en morosidad es de su responsabilidad todo detrimento (1432 C.); si la cosa se pierde por caso fortuito, sin incurrir en mora el deudor, se extinguirá la obligación; mas si es después de incurrir en ella, no puede excusarse, porque ya hubo falta y culpabilidad de su parte.

300.—Se encuentran aplicaciones de estos principios en el comodato, pues el que demora la devolución de la cosa ó incurre en la culpa que debe prestar responde de su daño y pérdida, aunque provengan de caso fortuito (1938, 1941 C.); y lo mismo, si en la necesidad de salvar una cosa suya ó la prestada, salvó la suya. En el depósito, el depositario, en caso de demora responde de los deterioros y pérdidas, áun por caso fortuito (1962 C.). Lo mismo en la prenda, si la pérdida acaece pagado el crédito ó cumplida la obligación, y sin causa legal no quiso admitirse anteriormente el pago del crédito ó el acreedor no tuvo justa causa para demorar la devolución de prenda (2003 C.). Si la obra se destruye, no está obligado el operario sino por dolo ó culpa (1767 C.).

301.—En la *culpa*, falta el propósito de dañar que constituye el dolo; pero hay siempre *una acción ú omisión perjudicial á otro y en que se incurre por ignorancia, impericia ó negligencia* (1435 C.). Aunque todos tienen obligación, en general, de satisfacer los

daños causados por su culpa, el cuidado que debe tenerse es más estricto y la responsabilidad mayor ó menor, según la naturaleza de los contratos (1438 C.). No se presume como tampoco el dolo, sino que ha de probarse (1437) C.), porque ninguno se supone descuidado y negligente; y se divide en *lata, leve y levísima. Lata* es la omisión de aquella precaución ó diligencia que está al alcance de los hombres menos avisados y cuidadosos de sus cosas, como si el portador deja la carga en la puerta de la posada, ó en otro paraje de donde facilmente puedan robarla y la roban; *leve* la omisión de las que emplea ordinariamente en sus negocios la generalidad de los padres de familia, como si se deja sin llave la puerta de un cuarto que contiene objetos que pueden ser sustraídos; y *levísima*, la omisión de aquellos cuidados que solo ponen en sus asuntos los padres de familia más exactos y diligentes, como si guardados esos objetos en un cuarto, se cierra la puerta; pero no se tiene la precaución de ver si es ó nó bastante la cerradura (1436 C.).

302.—Prestar la culpa lata, la leve ó la levísima, significa estar obligado á prestar una diligencia exactísima, ó á común, ó aquella por lo menos, que ponen los menos cuidadosos: en unos contratos, se presta una, y en otros otra, ó lo que es lo mismo, en unos, solo se responde por los descuidos muy graves: en otros por los descuidos ligeros ó más comunes; y en otros por los levísimos.

303.—La culpa solo la presta el que tiene la cosa ó la custodia, y las reglas que la fijan atienden á la utilidad y gravamen. Si la utilidad es recíproca para las dos partes, hay obligación de prestar la culpa leve (1439 C.), pues cada uno por su propio interés debe cuidar lo del otro; y así, cuando se habla de culpa sin otra especificación, en derecho, como en los contratos bila-

terales, venta, arrendamiento, sociedad, transacción y seguro, se entiende que es la leve.

304.—El que solo recibe utilidad como en los contratos unilaterales, ó en los otros excepcionalmente, responde por la culpa levísima, como en el comodato (1440. C.).

305.—El depositario responde solo por la culpa lata á no ser que haya solicitado el depósito ó reciba precio por custodiarlo (1959, 1960 C.), que entonces hay utilidad para él y presta la leve; ó cuando se ha hecho solo por favorecerle ó es moroso, y entonces queda sujeto áun á la levísima (1961 C.).

306.—En el arrendamiento se presta la culpa leve (1.° 1715 C. C.).

307.—Los socios responden de los daños causados por negligencia grave (1792 C.).

308.—El acreedor está obligado á conservar la prenda como si fuera propiedad suya. (1994 C.)

309.—En la gestión de negocios, solo responde de la culpa lata el que por necesidad se encargó de dirigir ó administrar lo ajeno (fr. 1.ª 2253 C.): de la levísima, si se encargó de los negocios contra la voluntad del dueño, ó carece de los conocimientos especiales que el asunto requiere (2254 C.): hasta del caso fortuito, si da á los negocios giro distinto del que el dueño acostumbraba darles (2256 C.); y en todos los demás, por la leve (2255 C.).

310.—El mandatario está obligado siempre á responder por la culpa leve porque es contrato de confianza; y por la levísima, si recibe salario (320 Dec. de Ref. N.° 272). Como la prestación de culpa en los contratos es natural y no esencial, puede modificarse por voluntad expresa de los contratantes, y establecer ellos en el particular los pactos que estimen convenientes.

IV.

311.—La indemnización á que ordinariamente da lugar la falta de cumplimiento de los contratos es la de los *daños y perjuicios* que se han ocasionado á la otra parte. En el Código se advertía confusión en la explicación de lo que son los daños y lo que son los perjuicios; y con ese motivo, en el Decreto de Reformas se hizo una modificación. Según ella, la indemnización comprende la reparación de los daños, ó sea el daño emergente; y la de los perjuicios, ó sea el lucro cesante; salvo aquellos casos en que la ley limita expresamente lo responsabilidad á los daños (Art. 237 Dec. N.° 272.). Por *daño* entiende la ley, *la pérdida ó menoscabo experimentado en el patrimonio por no haberse cumplido, ó por haberse cumplido imperfectamente la obligación, ó por haberse retardado su cumplimiento* (fr. 1.ª art. 238 Dec. N.° 272). Si he comprado cien quintales de café que debían serme entregados en determinada fecha, y no se me entregaron, ó se me entregaron después de la fecha, ó solo se me entregó una parte de la cantidad comprada; y á consecuencia de eso, y para cumplir yo á mi vez con el compromiso que tenía de entregarlos á un tercero, tuve que comprarlos á veinte pesos quintal, cuando el precio del contrato era de quince, esa diferencia constituirá un daño que habrá de abonarme el vendedor que no cumplió. Entiende la ley por *perjuicio, la privación de cualquiera ganancia ó provecho que ha dejado de obtenerse, por no haberse cumplido la obligación ó por haberse cumplido imperfectamente ó con retardo* (fr. 2.ª 238 Dec. cit.). Si en el ejemplo supuesto, por no habérseme entregado el café en el plazo del contrato, ó en la cantidad ó clase

convenida, dejé de venderlo á veinte pesos á un comprador que se presentaba y me ofrecía ese precio, y después ya no conseguí venderlo sino á diez y seis, esa diferencia entre lo que gané y lo que debí de ganar, constituirá un perjuicio del cual será responsable el vendedor que no cumplió en los términos en que estaba obligado.

312.—Con el objeto de cortar en lo posible las dificultades que ocurren en la práctica acerca de esta materia, en que el que reclama exagera naturalmente no solo la cantidad sino la extensión de las consecuencias de la falta de cumplimiento de la obligación, la ley establece una regla que, si no alcanza á alejar todos los inconvenientes, es la que más se aproxima á conseguirlo y la única que puede darse en general para los diferentes casos que pueden presentarse. Esa regla es que los daños y perjuicios, sea que se hayan causado ya, ó que necesariamente deban causarse, deben ser consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación (239 Dec. cit.). Para ilustrarla, comunmente se aduce como ejemplo el siguiente que trae Pothier. Uno me vende un caballo, á sabiendas de que tiene una enfermedad contagiosa, y sin decírmelo. Será responsable no solo del precio del caballo que me vendió y que constituía el objeto de la obligación primitiva, sino también de la pérdida que yo haya experimentado y gastos que haya tenido que hacer por haberse contagiado mis otros caballos; y si todos murieron, estaría obligado á pagarme el valor de todos ellos. Mas si por la muerte de esos caballos no cultivé mis terrenos; y por no haberlos cultivado, no pagué mis deudas; y por no pagarlas, fuí concursado, el vendedor no tendrá que responder por todos estos daños; porque habría podido hacer el cultivo si hubiera tenido crédito, es decir, si hubieran estado bien mis negocios; y la

mala situación de éstos no es una consecuencia del engaño de quien me vendió el caballo enfermo; y aunque se haya manisfestado con la pérdida de mis caballos, esto solo fué la ocasión y no la causa directa. Al decirse que los daños y perjuicios que han de pagarse son los que resultan no solo directa sino inmediatamente de la falta de cumplimiento, ha querido significarse su limitación á los efectos que próximamente se derivan de él; pues de otra suerte, haciendo cálculos respecto de todos los provechos y ventajas que hubieran podido obtenerse en el número ilimitado de todas las negociaciones que se puede suponer que se hubieran emprendido si se hubiera cumplido la obligación, se llegaría siempre á sumas fabulosas.

313.—Los daños y perjuicios se deben desde que el obligado ha incurrido en morosidad, ó como se dice técnicamente, desde que se ha constituido *en mora;* ó si la obligación es de no hacer algo, v. g. de no impedir la luz, desde el momento de la contravención (239 id). Hay que recordar además, que cuando la parte obligada á hacer ó no hacer alguna cosa, falta por omisión ó contravención, tiene la otra parte el derecho de pedir que se la autorice para que, á costa de la persona obligada, se haga lo convenido; ó se destruya lo que se hizo contra el pacto. (1449 C.)

314.—El importe de los daños y perjuicios á que ha de ser condenado aquel contra quien haya derecho, será el que se justifique como total de las pérdidas sufridas y ganancias dejadas de obtener, como consecuencia directa é inmediata de la falta de cumplimiento; pero si, como puede hacerse al celebrar el contrato, se estipuló el pago de cierta cantidad por daños y perjuicios, para el caso de no cumplirse, á eso se estará (1448 C.), sin que haya lugar á que se aumente ó disminuya esa suma fijada.

315.—En otras legislaciones se encuentran algunos principios generales para determinar, según las diversas circunstancias de los casos, y según la buena ó mala fé del que dejó de cumplir y su mayor ó menor culpa ó descuido, la extensión de las responsabilidades por indemnización. Faltan esos principios en el nuestro; y áun en las aplicaciones, como apesar de que el artículo 237 del Dec. 272 establece que la indemnización no comprende la reparación de los perjuicios sino solo la de los daños cuando la ley solo de estos hace mención; el Código usa indistintamente y sin un criterio seguro y uniforme, los términos de *daños*, *perjuicios*, *daños y perjuicios*, *daños y pérdidas*, *daños y menoscabos*, *daños ó perjuicios;* queda esta materia tan interesante sujeta á mucha confusión, á diferentes interpretaciones y repetidas disputas. La ley expresa que cuando solo menciona daños, á éstos se límita la responsabilidad ¿y cuándo solo menciona perjuicios? y cuándo dice disyuntivamente daños ó perjuicios? y cuándo se refiere á daños y menoscabos? Innegable parece la conveniencia de un estudio detenido de esas disposiciones y de sujetarlas á un principio conforme al cual procediera, en los artículos especiales, la aplicación de la responsabilidad por solo los daños y pérdidas; ó no solo por ellos sino también por las ganancias dejadas de obtener. Entre tanto, y para no traspasar los límites que señala la naturaleza de estos estudios, me limitaré á puntualizar los principales casos en que nuestros Códigos se refieren á esa responsabilidad, bajo las diferentes denominaciones que le atribuyen.

316—Dicen que son responsables por daños:

El poseedor de mala fe obligado á restituir la cosa y sus frutos (525 C. C.).

El que, sin previo permiso de la autoridad, hace pa-

sar el agua ó la derrama sobre un camino público, para aprovecharla (1225 C. C.).

El que pretenda usar del derecho de pasar el agua por predio ajeno (inciso 4.° 1226 C.).

El que amplía un acueducto de que usaba (1229 C. C.), y pasa por agena propiedad.

El propietario de edificio que se apoya en pared medianera, y al derribarlo, renuncia á la medianería (1256 C.).

El dueño del predio dominante, en una servidumbre voluntaria, por su descuido ú omisión en las obras para que no se aumente sin necesidad el gravamen del sirviente (1293 C. C.).

El usufructuario que no pone en conocimiento del propietario que alguno perturba el derecho de éste (1369 C.).

El propietario que oculta al usuario los vicios no manifiestos de la cosa (1385 C.).

El que celebra un contrato, por la inejecución ó la contravención por culpa ó dolo (1434 C.).

El que, verificada la condición suspensiva, entrega deteriorada, por su culpa, la cosa, objeto del contrato (1455 C.).

El comprador, después del requirimiento, cuando rehusa ó descuida recibir la cosa vendida (1572 C.).

El vendedor que sabía los vicios ocultos de la cosa que vendió (fr. 1.ª 1602 C.).

El socio por su dolo, abuso de facultades ó negligencia grave, siempre que el acto que lo motiva no haya sido aprobado ó ratificado por los demás (1792 C.).

El socio que distrae ó segrega del fondo de la sociedad, y para sus gastos particulares, cantidades á que no tiene derecho (1793 C.).

El mutuante por los defectos ocultos de la cosa entregada en mutuo si, sabiéndolos, no dió aviso al mutuario (1909 C.).

El mandatario, por emplear en su utilidad las sumas que ha recibido del mandante, ó por cuenta de éste (2198 C.).

El comunero cuando ha habido de su parte culpa leve respecto de las cosas ó negocios comunes (2270 C.).

El dueño de un animal, si hay descuido de su parte: el de un edificio que cae, si hubo culpa del propietario: el que desde una casa, arroja algo: el dueño de cosas puestas y suspendidas en un lugar de tránsito: el que corre por las calles en bestia ó carro: el que va dentro del carro y ordena la carrera al conductor: el que arrea bestias haciéndolas correr: el que caza con armas de fuego ó pone trampa en camino ó lugar público: (2278, 2281, 2282, 2283 y 2286 C.).

El que origina una prisión legal y el Juez que la ordena (2288 C.).

El que en ejercicio de un derecho ha escogido voluntariamente, entre los modos de ejercerlo, el que era perjudicial (2296 C.).

Los Jueces cuando hay de su parte, omisión ignorancia ó negligencia (9. ° Dec. 273).

La parte que pide y el Juez que ordena injustamente, los apremios de multa ó detención corporal (407 C. pr.).

El que interpone demanda antes del plazo, ó en lugar no convenido, ó por cosa distinta de la debida ó antes de cumplirse la condición (551 C. pr.).

El Juez que comete despojo (1178 C. pr.).

317. –Hablan de que responden por perjuicios:

El que caza en tierras agenas, sin permiso del dueño, cuando lo necesitaba (546 C. C.).

El que se vale de industria para atraer y aquerenciar palomas de palomar ajeno (557 C. C.).

El que cava en suelo ajeno para sacar dinero ó alhajas que asegura estar escondidos en él y ser de su pertenencia; con tal que si el denunciador no prueba su derecho, renuncie el dueño á la porción que le corresponde, de lo encontrado (564, 565 C.).

El que omite presentar á la autoridad la cosa ó especie encontrada (122 Dec. 272.).

Los que se apropian efectos salvados de un naufragio (572 C. C.).

El propietario de un arbol que recoje en fundo ajeno los frutos que están del lado de éste (591 C. C.).

El dueño de cosa accesoria que, de mala fe, la incorpora á otra (618 C. C.).

El que de mala fe hace la mezcla ó confusión de especies (624 C. C.).

El autor de una especificación, cuando procedió con mala fe (627 C. C.).

El propietario de finca ó heredad que exige la servidumbre legal de paso (218 Dec. N.° 272).

El propietario que alza la pared medianera (1258 C.C.).

El que da lugar á rescisión de una venta por falta de pago del precio, ó de otorgamiento de la fianza ó caución que se estipulara (1557 C. C.).

El que opta por rescindir la venta en que por razón de saneamiento, estuviere obligado á pagar más de la mitad del precio que recibió (1597 C. C.).

El comprador que, mediando pacto de señalamiento de día, logra evitar la rescisión por haber pagado la mayor parte del precio, ó da lugar á la rescisión por no haber pagado más de la mitad (1617 y 1618 C.).

Cada permutante por la demora en la entrega de la cosa respectiva (1655 C. C.).

El locador que no entrega la cosa en el tiempo convenido y en estado de servir; ú oculta al conductor el vicio no manifiesto que tenga, ó no le mantiene en su

uso, ó no la defiende contra un tercero, ó no paga sus pensiones y cargas reales; ó no hace en ella las reparaciones necesarias (1708 C. C.).

El arrendatario que emplea la cosa en destino diferente del convenido, ó no la devuelve en tiempo, ó no avisa de las usurpaciones que se intenten (1716 C. C.).

El conductor que no cumple con mejorar la cosa arrendada cuando se señaló por renta una suma menor de la que produce, con el objeto explícito de que la mejorara (1752 y 1753 C. C.).

El jornalero que no cumpliere su concierto ó faltare al trabajo el día ó días estipulados, sin causa justa é inevitable (1761 C.).

La sociedad por lo que, con ocasión inmediata y directa de los negocios de ella, pierdan los socios (1794 C. C.).

El socio que, contradiciéndolo los socios administradores, contrae una obligación á nombre de la sociedad (1807 C. C.).

El que por su hecho, descuido ó imprudencia, causa pérdida á otro (2249 C. C.).

El padre, y en su falta, la madre, por el daño que causen sus hijos: el guardador por el que hagan los menores ó incapaces que están á su cargo: el maestro por los que provengan de sus aprendices (2277 C.C.).

El apoderado que no pone todo el cuidado y diligencia que pondría el dueño en el negocio, ú omite el uso de los recursos que proceden (inciso 4.° 134 C. pr.).

El que hace, sin derecho, obra nueva (1203 C. pr.).

318.—Declaran que han de indemnizar por daños y perjuicios:

El tutor que no administra como buen padre de familia los bienes de los pupilos (361 C. C.).

El tutor que, sucediendo á otro, no exige de éste la entrega de bienes y cuentas (401 C. C.).

El que, al tomar para otro la posesión de una cosa, comete fraude ó daño á tercero (530 C. C.).

El que, de mala fe, siembra, planta ó edifica en suelo propio con semillas, plantas ó materiales ajenos (593 C. C.).

El dueño de cosa principal que, de mala fe, incorpora á ella cosa accesoria ajena (619 C. C.).

El dueño que, de buena fe, mezcla ó confunde cosa de su pertenencia con otra ajena, de igual ó diferente especie (623 C. C.).

El dueño de materia en que se ha hecho obra artística de valor inferior al de la materia (626 C. C.).

El que fué citado de evicción, si el que recibió de él la cosa, la pierde judicialmente; ó cuando resultan en ella vicios ocultos que no se consideraron al tiempo de la enajenación (129 Dec. 272).

El albacea que, pasado el año, interviene en asunto de la testamentería, que no sea la rendición de cuentas (916 C. C.).

El dueño de un predio, por la destrucción ó deterioro de pared, zanja ó seto medianeros, causados por él, sus dependientes ó animales (1253 C. C.).

El dueño del predio sirviente que, para volver menos gravosa para él la servidumbre, hace obras que perjudican al dominante (1298 C. C.).

El usufructuario, por la interrupción del usufructo en la parte que ocupe una mina descubierta por el propietario ó por un tercero (1328 C. C.).

El deponente por los que el depósito haya causado al depositario (inciso 2.° 1956 C. C.).

El depositario por los que, por dolo ó culpa suya, se causen al deponente (inciso 5.° 1957 C. C.).

Los depositarios que rehusen entregar el depósito,

fuera de los casos que determina la ley (286 Dec. N. ᵒ 272).

El escribano que no exprese en las escrituras públicas circunstancias cuya omisión impida ó vicie la inscripción en el Registro de la propiedad (2100 C. C.)

El que los causa, en caso de condiciones rescisorias ó resolutorias establecidas por la ley, áun cuando no se resuelvan ni rescindan en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho (308 Dec. 272.).

Los registradores de la propiedad, por no poner en el diario el asiento de presentación en el acto de presentarse el título, ó á más tardar, dentro de veinticuatro horas: por no hacer, denegar ó retardar indebidamente inscripción ó asiento: por error, omisión ó ienexactitud en los libros, ó en las certificaciones que expidan: por cancelar, sin título ó solicitud del interesado: por no expedir en tiempo las certificaciones; y por no recabar de las partes los documentos que deben obrar en el archivo, ó no custodiarlos y tenerlos con el debido arreglo (2153 C. C.). También por los que se causen al acreedor por la parte que en su deudor no pueda hacer efectiva, cuando por error, negligencia ó malicia del registrador aparece exonerado de alguna obligación, en el registro (2156 C. C.).

El mandatario que no desempeña el mandato que admitió (1. ᵒ 2196 C. C.).

El deudor que fraudulentamente hace aparecer un crédito privilegiado que no existe (2398 C. C.).

El vendedor que da en venta lo que ya había vendido á otro (245 Dec. 272.).

El que compra cosa que tenía prohibición especial de comprar (251 y 252 id.).

El vendedor que demora culpablemente la entrega de la cosa vendida (255 y 260 id.); ó da lugar á que por ese motivo se rescinda (256 id.) á menos que al

tiempo del contrato conociera el comprador el obstáculo que causó la demora (257 id.).

El comprador que deja de hacer dos pagos, en la venta de inmuebles en que se estipuló la entrega del precio por partes en diferentes plazos (259 id.).

El permutante que no verifica la entrega de la cosa á que se obligó (266 id.) ó que permutó cosa que no le pertenecía (267 id.) ó que responde de ella por saneamiento (268 id.).

El dueño de cosas fungibles dadas en pago por quien no podría pagar (331 id.).

El que sustrae alguna cosa (349 id.) que después se pierde ó destruye.

El abogado por su impericia ó negligencia (6.° 117 C. pr.).

El apoderado que, con abuso, no se arregla al poder é instrucciones de sus comitentes (2.° 134 C. pr.).

Los escribanos por los que resulten de actos de su oficio, por culpa suya (156 C. pr.).

El que, después de dos prevenciones y términos, se niega á la exhibición de documentos que ordena el Juez (269 C. pr.).

El que hace arraigar á alguno y no entabla en tiempo la demanda (279 C. pr.).

El que obtuvo embargo ú otra providencia precautoria, si la providencia es revocada; ó si entablada la demanda, no hay lugar al embargo (282 y 287 C. pr.).

El depositario y el interventor nombrados á virtud de providencias precautorias, cuando haya habido culpa de su parte (295 C. pr.).

El abogado que retiene los autos (483 C. pr.).

El Juez ó escribano que entrega los autos en confianza (484 C. pr.).

El responsable de la pérdida de alguna actuación (485 C. pr.).

El escribano ó receptor que no hace personalmente la notificación á una parte, que se hallaba en casa 498 C. pr.).

El experto que deja de concurrir sin justa causa calificada por el Juez (750 C. pr.).

El fiador, por los que se hayan causado con la ejecución de la sentencia de remate que es revocada por el superior (274 Dec. 213.).

El poseedor interino que ha procedido dolosamente al interponer interdicto de adquirir (1146 C. pr.).

El despojador que ha usado de fuerza ó violencia (1166 C pr.).

El que infringe sentencia que condena á no hacer (1555 C. pr.).

El notario que otorgue escritura á su favor ó en favor de sus descendientes, ascendientes, cónyuge, consanguíneos dentro de cuarto grado, ó afines dentro del segundo (53 Dec. 273.).

El juez que no suspenda sus procedimientos en cuanto expida ó reciba la inhibitoria; y el que sostenga una competencia contra ley expresa. (87 y 88 Dec. 273.)

319.--Otras veces menciona el Código *daños ó perjuicios*, como respecto del dueño de cosa comprada por quien tenía prohibición de comprar (251 del Dec. 272): de que se fije en la sentencia la cantidad líquida en que se condena á algunos de los litigantes (875 C. pr.) y de la manera de sustanciar la acción contra el perturbador ó despojante de la posesión (1171 C. pr.) Menciona también *pérdidas y perjuicios*, como cuando se trata de las responsabilidades del mandatario (3.º 2196 C.); y en muchos otros artículos se habla de *daños y gastos*, *pérdidas y gastos*, *daños y costas*, *pérdidas y costas*.

320.--Del examen de estos artículos resulta claro

que, en repetidos casos, bajo la palabra daño habría de comprenderse también el perjuicio; ó bajo éste el daño; ó que se hace equivalente el uno del otro; y como sin embargo, dice un artículo que cuando se menciona solo el daño, á él se contrae la responsabildad, resulta por lo menos incoherencia en las disposiciones.

V.

321.—Para concluir lo relativo á daños y perjuicios, corresponde hablar de los *intereses*. En muchos casos, la ley es la que ha determinado qué es lo que debe pagarse por daños ó perjuicios, reduciéndolos á lo que como réditos debería haber producido la suma que había de entregarse. Esa indemnización que la ley fija y previene en favor de los acreedores de una cantidad, contra los deudores que faltan al cumplimiento del pago, es lo que se llama *interés* en la materia de que ahora se trata. Así, declara por punto general que en las obligaciones de pagar cierta suma, los daños que cause la demora se reparan con los intereses estipulados, porque á lo convenido ha de estarse ante todo; y en falta de estipulación, con el interés legal del dinero por todo el tiempo que se demore su entrega (1444, 1448 C.).

322.--Estos intereses son los que comunmente se llaman, *moratorios* porque se deben por razón de retardo legal ó demora. A ésta no más se refiere la ley en las obligaciones de pagar cierta suma, mientras que en las otras obligaciones supone que hay dos motivos para la indemnización: la falta de cumplimiento y el retardo. En el primer caso, solo se deben intereses: en el otro daños y perjuicios; y la diferencia consiste en que,

cuando la materia de la obligación ó contrato es un hecho ó cosa que no sea una cantidad, si el deudor no cumple, la obligación se resuelve en pago de una suma de dinero; mientras que, cuando en ésto consiste desde el principio, aquella resolución no cabe en caso de inejecución; y solo puede tener lugar la indemnización por retardo ó demora; esto es, no hay regularmente otros daños y perjuicios que los que representan los intereses.

323.--Estos pueden ser *convencionales* y *legales*, según que proceden de estipulación, así para adeudarlos como respecto de su tipo; ó que sea la ley quien los determine. Esta señala como interés legal el de doce p. ☰ al año (241 y 280 Dec 272.); y las principales diferencias entre los daños y perjuicios y los intereses consisten en que aquellos son esecialmente variables, como que dependen del daño que experimenta el acreedor, al paso que los intereses son uniformes, de suerte que no se regulan por el daño que real y positivamente se cause al acreedor. Y el motivo es que, en las obligaciones que recaen sobre un hecho ó sobre cosa raíz ó mueble, puede precisarse de un modo cierto cuál es el daño que ha recibido el acreedor, porque puede saberse qué pérdida pecuniaria ha tenido y qué ganancias ha dejado de obtener; al paso que en las obligaciones de pagar una suma de dinero, no se sabe en qué la emplearía el acreedor ni, por consiguiente, qué ha perdido ni qué ha dejado de ganar. Si se permitiera al acreedor prueba acerca de eso, la variedad en la apreciación daría lugar á innumerables litigios, como que las obligaciones recaen generalmeute en cantidades de dinero; y la ley corta todos esos pleitos determinando que todo el derecho del acreedor queda reducido á cobrar un tanto por ciento como equivalente de esos daños y perjuicios, y fijando cuál es ese tanto por ciento. De este mo-

do, si bien en algunos casos podrá haber sido mayor la pérdida del acreedor, nada tiene que probar; y áun cuando realmente ningún perjuicio hubiera sufrido, siempre tendría derecho á los intereses.

324.—Los casos principales en que se deben intereses son los que siguen:

El del tutor por las sumas que, pertenecientes al pupilo, haya tenido sin imponer, treinta días después de reunir trescientos pesos (371, 372 C.).

Produce interés legal el alcance que resulte en pró ó en contra del tutor. Corre en el primer caso, desde que entregados los bienes, sea requerido el menor para el pago; y en el segundo, desde la rendición de cuentas, ó desde que espire el término legal, si aquellas no se hubieren rendido dentro de él (413 C.).

Corresponden al legatario, desde que pase un año de la muerte del testador, intereses por el legado que consista en dinero, salvo disposición contraria del testador (878 C. C.).

El interés legal de bienes sujetos á colación que consistan en dinero, pertenece al poseedor de ellos hasta el día de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate (1007 C. C.).

El propietario que, para conservar íntegra la cosa dada en usufructo, hace el pago de contribuciones ó cargas ordinarias que correspondía al usufructuario, tiene derecho al interés legal por todo el tiempo que éste continúe gozando de la cosa (1361 C. C.). Mas si el usufructuario hace ese pago por su cuenta, no puede cobrar intereses porque se compensan con los frutos que recibe (1362 C.). Lomismo será si el propietario anticipa por su cuenta lo que se necesita para el pago de las deudas hereditarias correspondientes á los bienes usufructuarios (1368. C. C.).

El que compre bienes que tiene prohibición legal de

comprar, pierde el precio á favor de los fondos de las facultades; y mientras no lo entregue, abona interés (250 Dec. 272).

El vendedor, culpable de demora en la entrega de la cosa y que ha recibido el todo ó parte del precio, pagará intereses de éste al comprador (1538 C. C.

Cuando por convenio se rescinde la venta, no se admite demanda alguna sobre intereses, á no ser que se funde en lo expresado en el convenio (1540 C.).

Si se rescinde la venta por falta de entrega, se devuelven sobre el precio los intereses corridos hasta la devolución; (1541 C.), salvo que, al tiempo de contratar, conociera el comprador el obstáculo para la entrega (257 Dec. Nº 272).

Si el comprador pagó parte del precio y se demora la entrega de la cosa por su falta en el pago del resto, no tiene derecho á exigir intereses de la parte pagada ni frutos de la cosa (1547 C. C.).

El comprador, mientras no pague el precio debe intereses 1º si así se estipuló, 2º si la cosa produce frutos y no hubo pacto en contrario, 3º si es requerido judicialmente para el pago. En este último caso, corren desde el requerimiento; y en los dos primeros, desde la fecha de la entrega de la cosa (1553, 1554 C. C.).

Rescindiéndose la venta por falta de pago de precio, ó de otorgamiento de la fianza ó caución estipulada para asegurarlo, el comprador que recibió la cosa tiene que restituir los frutos, ó en lugar de éstos, pagar los intereses del precio (1557 C. C.).

Cuando se haya estipulado el pago del precio por partes, y se han pagado las cinco octavas, el vendedor aunque no puede pedir la rescición, sí puede reclamar intereses sobre el resto (1569 C. C.).

Cuando en la venta en que se estipuló el pago del precio por plazos, deja de hacer dos pagos el compra-

dor, tiene que pagar intereses por la parte de precio que no satisfizo (259 Dec. 272).

No debe el comprador intereses convencionales ni legales cuando retiene el precio ó parte de él, porque el vendedor no le otorga escritura en registro público, y se trata de inmuebles ó derechos y acciones sobre ellos (1578 C. C.).

El vendedor que sabía los vicios de la cosa vendida, tiene que indemnizar intereses (1602 C. C.).

Cuando se pacta en la venta la facultad de rescindirla si no se paga el precio hasta cierto día; y llegado éste no se ha satisfecho íntegro, puede el comprador, si lo prefiere á la rescisión, exigir el resto con intereses (1618 C. C.).

El permutante que, además de la cosa permutada, perdió judicialmente los frutos de ella, tiene derecho á que el otro contratante le satisfaga intereses (1661 C. C.).

El conductor que no cumple con poner en la cosa arrendada las mejoras en cuya contemplación se designó por renta una cantidad menor de la que la cosa produce, ó se dejó de cualquier modo una suma destinada á ese objeto, está obligado á devolver las cantidades que se rebajaron con los intereses sobre ellas (1752 C. C.); y si solo ha puesto una parte de las mejoras, la devolución será de las cantidades que dejaron de emplearse en ellas, siempre con intereses (1753 C. C.).

El socio que retarda la entrega de su capital, sea cual fuere la causa, debe abonar á la sociedad el interés legal de la cantidad que no entregó á su debido tiempo (1789 C. C.).

El socio que del fondo común toma cantidades para gastos particulares, debe abonar el interés legal correspondiente á ellas (fr. 2ª 1793 C. C.).

Los depositarios que, sin excepción legal, rehusan entregar el depósito, tienen que devolver la cosa ó su estimación y además, los intereses (286 Dec. Nº 272.).

El tercer poseedor de bienes hipotecados que no pague ni los desampare es responsable, áun con los suyos propios, de los intereses devengados desde el requerimiento (2035 C. C.).

El mandante tiene que satisfacer al mandatario las anticipaciones que haya hecho y los intereses legales sobre ellas (fr. 1ª 2203 C.).

Cuando el que recibe algo que indebidatamente se le paga, tiene mala fé, debe restituirlo con frutos é intereses legales (2259 C. C.); y si se ha perdido la cosa, su valor, también con los intereses legales, desde la fecha del pago indebido (fr. 2ª 2260 C. C.).

Cada comunero debe á la comunidad lo que saca de ella, inclusos los intereses corrientes de los dineros comunes que haya empleado en los negocios particulares (2270 C. C.).

El que con buena fé recibe en pago, de quien no podía pagar, cosas fungibles, solo devuelve lo que no ha consumido; pero el dueño y acreedor pueden exigir del deudor el reintegro de lo que á cada uno le falte, con intereses (2304 C. C.).

El fiador para la ejecución de la sentencia de remate de que se ha interpuesto apelación, queda obligado á la devolución de la cosa ó cosas que el fiado haya recibido, y al de los frutos é intereses (214 Dec. 273.).

325.— El Código establecía que los intereses atrasados, y lo mismo se entendía de toda especie de canon, renta ó pensión periódica, no producían interés; ó lo que es lo mismo, no podían capitalizarse intereses sino después de dos años de atraso; y entonces, por medio de un convenio que constara por escrito (1445, 1446 y 1925 C. C.). Por ser ineficaces estas disposiciones para

el objeto que con ellas se trataba de conseguir; y por oponerse á la libertad establecida para las estipulaciones de los contratos, se suprimió después el primero de los artículos citados, y en vez del último de los mismos, se declaró que es libre la capitalización de intereses. Aun teniendo como discutible la libertad en materia de interés del dinero, y en todas ó en algunas de sus diferentes aplicaciones á esa materia, siempre habrá que convenir por lo menos, en que es imposible que dejen de burlarse las leyes que contienen prohibiciones para restringir esa libertad; y en que por lo mismo, para que no se desprestigien, vale más prescindir de la restricción.

PARRAFO CUARTO.

326.—Según se ha dicho, los contratos tienen fuerza de ley entre los contratantes (1425 C. C.). Así es que á lo estipulado claramente se atiende, en todo lo que no sea contrario á la moral ó prohibido terminantemente por la ley. Mas como hay casos en que, ó nada han expresado los interesados acerca de ciertos puntos, ó no lo han hecho con la debida precisión y claridad, es indispensable acudir, como se hace también para la interpretación de las mismas leyes, á ciertos principios, fundados en razón y justicia, á fin de resolver las dudas que pueden ocurrir.

327.—Estas reglas que son las mismas establecidas en el derecho romano, y aceptadas con más ó menos variación en la forma, en todas las legislaciones modernas son las siguientes:

1.ª En todo contrato ha de atenderse más á la intención común de las partes que al sentido literal de

las palabras (2431 C. C.). Aquella puede averiguarse por sus hechos, particularmente los posteriores, y por la costumbre. Concurren en efecto, al conocimiento de la intención, el sentido de las demás cláusulas del contrato, ó de otros contratos celebrados por la misma persona, la costumbre del lugar como para el pago de mejoras ó reparaciones en el arrendamiento (1733 C.) y para el tiempo de pagar la renta; las circunstancias en que se celebró y la naturaleza y fin del convenio (182, 183 C. Com.): el uso y práctica común y el juicio de personas prácticas.

2. ª Cuando una cláusula presenta dos sentidos, uno adaptable y otro contrario á su validación, debe declararse según el sentido que le da efecto y subsistencia (2432 C. C.), pues no ha de suponerse que los contratantes quisieran perder el tiempo con estipulaciones y cláusulas vacías de significación.

3. ª Los términos susceptibles de dos sentidos, han de tomarse en el que cuadra mejor con la naturaleza y materia del contrato (1433 C. C.).

4. ª —Todas las cláusulas de un contrato se interpretan las unas por las otras, dando á cada una de ellas el sentido que resulta de la totalidad de la escritura (2435 C. C.).

5. ª Si la duda no puede resolverse por los medios indicados, se decidirá contra el estipulante, que era el más obligado á que hubiese toda claridad, y á favor del obligado, á quien no se ha de imponer más gravamen que el que resulta aceptado expresa y categóricamente (2436 C. C. y 185 C. Com.).

6. ª —En los casos de duda por oscuridad ó ambigüedad, cuando no aparece cuál fué la voluntad de las partes, debe estarse á la práctica observada en casos de igual naturaleza (2434 C. C.).

7. ª —Cuando en un contrato se ha expresado un ca-

so para explicar la obligación, no se entiende por solo esto haberse querido restringir toda la obligación á ese solo caso, y excluir todos los otros á que naturalmente se extiende (2437 C. C.), sino que más bien ha de tenerse como simple ejemplo.

8. ª—Tratándose de una obligación, ha de estarse, en caso de duda, más bien por la negativa que por la afirmativa; y al contrario, si se trata de una liberación (2438 C. C.). Así, en caso de duda, ambigüedad ó indeterminación en la anticresis, se entiende que el interés es el legal (2012 C. C.), porque de perjudicarse alguno, procede que sea más bien el acreedor que es á quien incumbe probar la obligación y su extensión de una manera evidente.

9. ª—Cuando por los términos en que está formulado el contrato, no puede de ninguna manera venirse en conocimiento de cual haya sido la intención ó voluntad de los contratantes sobre el objeto principal, es nula la obligación (2439 C. C.).

328.—A estas reglas que puntualiza el Código Civil, es conveniente agregar algunas que detalla el Código de Comercio y son:

En caso de duda acerca de la moneda á que se refieren las cantidades por obligaciones contraídas en país extranjero, se entiende que es la moneda del país en que se contrajeron, si bien para satisfacerlas basta dar su equivalente en moneda del país en que se hace el pago.

Cuando para designar la moneda, el peso ó la medida, se hubiere usado de una voz genérica que convenga á valores ó cantidades diferentes, se entenderá la obligación en aquella especie de moneda que esté en uso para los contratos de igual naturaleza (188 C. Com.).

Cuando tratándose de distancia, se hable genéricamente de leguas ó de horas, se entienden las que de-

termina la costubre del país á que hace referencia el contrato (189 id.).

En todos los cómputos de días, meses y años, se entiende el día de 24 horas: los meses según están designados en el calendario gregoriano; y los años de 365 días (190 id.).

329.—Como aplicación especial de las reglas generales, las cláusulas del arrendamiento que sean oscuras ó dudosas acerca de su duración, se interpretan á favor del arrendatario que no haya sido moroso en el pago de la renta (1687 C.) de modo que la ley se propone favorecerle. Mas si es moroso, la interpretación le será adversa; y si es él quien pide la rescisión, la duda sobre duración se resuelve como el conductor exija, pues de otra suerte, se faltaría al principio de favorecerle si se obligaba á continuar en un arrendamiento que ya desecha.

TÍTULO DUODÉCIMO.

DE LA PROMESA.

330.—El Código Civil no trata en particular de la promesa, sin duda porque hoy no existen los ritos y formalidades que antes eran indispensables para su constitución, y porque los principios que son aplicables á ella, considerada como la *oferta deliberada que una persona hace á otra de dar ó hacer alguna cosa*, son los mismos de las obligaciones en general. La promesa es sin embargo, muchas veces, un contrato precursor de otro, que da derecho para reclamar que se efectúe el segundo; y es importante, por lo mismo,

distinguir el contrato mismo de la promesa del contrato.

331.—La ley hace expresamente esta distinción tratando de la venta y establece respecto de la promesa de vender algunas disposiciones que, en general, y con las modificaciones que reclama la naturaleza de cada contrato, se pueden aplicar á todos. Así como es distinto vender de prometer vender; es distinto el arrendamiento de la promesa de arrendamiento: es distinto dar de hecho en préstamo, y simplemente prometer que se dará en préstamo: una cosa es constituir una hipoteca ó ser fiador, y otra limitarse á prometer que se constituirá la hipoteca ó la fianza. La promesa puede referirse pues, á cualquier contrato; y aunque el carácter de ella es esencialmente consensual, es decir, no necesita de la entrega de cosa alguna para su perfección, no altera la naturaleza de real ó consensual del contrato al cual precede. Del contrato mismo nacen las acciones propias de él: de la promesa la acción para exigir su cumplimiento, es decir que se celebre y efectúe el contrato que se prometió hacer. Vendida una cosa, las acciones son las que producen el contrato de venta: prometido que se venderá una cosa, la acción es para exigir que se otorgue y formalice la venta; y una vez otorgada y formalizada, se ejercitarán ya las acciones de este contrato.

332.—Aunque ya no se requieren determinadas palabras solemnes para la promesa, sí es indispensable que sea deliberada y sin ambigüedad, y que sea claramente aceptada. En caso de estar ausente aquel á quien se hace, valdrá revocablemente hasta que acepte; y después de la aceptación, de un modo irrevocable; pero si la aceptación es después que ha sido revocada, no produce ningún efecto.

333.—Cuando en la promesa de celebrar un contra-

to se da una cantidad por arras, esto es, como prenda de que se celebrará, cualquiera de las dos partes puede revocar su consentimiento, pero el que lo revoca perderá las arras si él las dió, ó las devolverá dobladas si él las recibió (1504 C.).

334.—Si en la promesa de un contrato se estipula alternativamente ó cumplirla ó pagar una multa determinada en su cantidad, pagada ésta cesa la obligación de cumplir lo prometido (1505 C.), lo cual no es más que una aplicación de la regla general para las obligaciones con cláusula penal (1474 C.). Mas si el acuerdo no fué alternativo, el que rehusa cumplir, vencido el tiempo designado en el convenio para el contrato, tendrá obligación de cumplirlo, y además, de pagar la multa estipulada y las costas del juicio (1506, 1474 C.).

335.—La promesa requiere para su validez, como lo requiere todo contrato en general, capacidad en la persona, objeto que no sea ilícito, y que se manifiesten y consten debidamente el consentimiento y la aceptación: de suerte que, según la naturaleza de la cosa á que se refiere la promesa y según la cantidad, habrá de constar en escritura pública ó privada, ó podrá acreditarse por otros medios, su existencia.

TITULO DÉCIMO TERCIO.

DE LA COMPRA-VENTA.

336.—La *compra* es el contrato más usado en el comercio de los hombres desde que aumentan sus necesidades y principia su civilización, y desde que por lo

mismo, ya no es el trueque ó permuta de unos objetos por otros el medio más frecuente de negociar sino que interviene la moneda. Aunque se designa con el nombre de *compra-venta*, basta cualquiera de los dos, siendo indiferente decir contrato de compra ó de venta, si bien se emplea más el primero cuando se considera en relación al comprador, y el segundo cuando se refiere al vendedor. En esta materia hay que examinar 1.° lo que es la venta y las clases que hay de ella, 2.° los requisitos esenciales de la venta, 3.° las obligaciones del vendedor, 4.° de las del comprador, 5.° las causas de rescisión de la venta, 6.° los pactos que generalmente acompañan á ese contrato, 7.° la venta en pública subasta, 8.° la promesa de venta y 9.° la venta ó traslación de créditos.

PARRAFO PRIMERO.

I.

337.—*La compra-venta es un contrato bilateral consensual por el que uno se obliga á entregar á otro una cosa y éste á pagársela* (1476 C.). Bilateral es el contrato porque se necesita que intervengan dos partes, por lo menos: la que se obliga á entregar la cosa se llama *vendedor;* y la que tiene que pagar el precio, *comprador*. Es consensual porque se perfecciona por solo el consentimiento, es decir, que basta que éste se haya prestado en la forma requerida por la ley, para que nazcan las acciones y obligaciones que son propias de él, sin que sea indispensable la entrega de la cosa. Así lo declara expresa y terminantemente la ley que

no solo decide eso, sino que va áun más lejos, y apartándose de los principios que rigen en general, para distinguir la perfección y consumación de un contrato, establece que en el contrato de compra y venta, hasta la misma traslación del dominio, ó sea la consumación del contrato, se verifica sin necesidad de la entrega de la cosa ni del precio (1479 C.); lo cual hace nacer ya del mismo contrato, una acción real, la del dominio que es más propio de la reunión del título y la tradición, dejando para cuando no hay más pue el primero la personal.

338.—Consensual es pues, siempre el contrato en ese sentido; pero el consentimiento debe expresarse en la forma que la ley lo ha determinado; siendo preciso para que surta, en algunos casos, su efecto contra tercero, que se llenen ciertos requisitos. Así, si la venta es de bienes raíces ó de acciones ó derechos sobre inmuebles, como servidumbres, ha de constar por escritura pública la cual tiene que inscribirse en el registro de la propiedad (233, 245 Dec. N.° 272 y 1502 C.).

El vendedor puede demorar la entrega mientras no se otorgue la escritura (1545 C.) y el comprador en su caso, retener el precio (1578 C.).

339.—Si no es de raíces; pero el valor de la cosa excede de quinientos pesos, ha de constar por escritura pública ó privada, ó probarse por confesión de parte (246 Dec. N.° 272); y si no es sobre raíces ni pasa de quinientos pesos, puede, por cualquier medio legal, probarse el consentimiento y el contrato. Así pues, si se ha celebrado de palabra ó en documento privado, ó en escritura pública no registrada, una venta de inmuebles, y después se celebra otra sobre los mismos en escritura pública registrada, esta última es la que prefiere, porque porque en la traslación del dominio de inmuebles solo afecta á tercero lo que aparece inscri-

to en el registro, desde la fecha de la presentación del título respectivo. Mas como aunque el primer contrato no puede afectar los derechos de tercero, sí produce acciones entre el comprador y el vendedor exclusivamente, acreditado por confesión judicial ó documento privado reconocido, puede aquel exigir del segundo la indemnización de daños y perjuicios y las demás responsabilidades que procedan, según las circunstancias. Y si no hubiera segunda venta que conste en título inscrito ó presentado por lo menos al Registro, el que ha hecho contrato de compra y lo acredita por documento privado ó confesión judicial, puede en virtud de esto, exigir el otorgamiento de instrumento público que se presente al registro; y que así, le dé ya derechos preferentes áun respecto de terceras personas.

340.—Vendida á dos una misma cosa mueble, ó sin perjuicio del registro, prefiere el primer comprador (1698 C.); no pudiendo ya hoy ser preferido aquel á quien se haya entregado porque se adquiere el dominio sin esto; y eso aunque el vendedor no fuera dueño cuando vendió al primero, si lo fué después.

II

341.—La venta, lo mismo que se ha dicho de las obligaciones en general, puede ser pura ó simple y condicional; y en esta última la condición pnede ser resolutoria ó suspensiva (1480 C.). En la venta condicional, tanto la propiedad de la cosa vendida como los demás efectos del contrato, se arreglan á los principios generales sobre las condiciones en las obligaciones (1481 C.). Así es que no se transfiere el dominio de la cosa si no es que se verifique la condición. Se

tiene como condicional la venta á prueba (1484 C.), bien sea que se estipule expresamente la prueba, bien que aquella recaiga, áun sin estipulación, sobre cosas de aquellas que antes de comprarlas, se acostumbra examinar al gusto, como algunos líquidos y comestibles (1489 C.). En ella, hay la condición suspensiva de que se pruebe lo vendido y de que el comprador quede satisfecho, después de haberla gustado por sí ó por su encargado; y hasta entonces no se considera perfecta la venta.

342.—No sucede lo mismo respecto de la venta de cosas por peso, número ó medida, como granos, harinas, metales, telas. La venta no es condicional sino simple, y se tiene como perfecta desde que se conviene en la cosa y en el precio, con solo la restricción de que no pertenece el riesgo al comprador hasta que se cuentan, pesan ó midan, á diferencia de lo que sucede cuando esas mismas cosas se venden en conjunto, como todo el café que hay en un almacén, pues entonces desde luego el riesgo pasa al comprador (1487 C.). Y aunque la venta no sea en conjunto, si en el contrato se señaló día para contar, pesar ó medir las cosas vendidas y no concurre el comprador el día señalado, ó si aunque no se señalara, lo fija y determina el vendedor y lo hace saber al comprador y le emplaza y no concurre, pasa desde ese día al comprador el peligro de la cosa (1488 C.), pues de otro modo, por culpa ó capricho de éste se podría perjudicar impunemente al vendedor. Los beneficios ó aumentos corresponden á aquel á quien corresponden también los daños.

343.—La venta también puede ser de una sola cosa, ó de dos ó más alternativamente (1482 C.), lo mismo que pasa con las obligaciones en general, como si se conviene en vender á otro una casa ó una finca rús-

tica. Y para que haya venta de cosas alternativas se requiere que se fije el precio de cada una de ellas y se deje la elección á uno solo de los contratantes (1483 C.). Así, en el caso propuesto sería preciso indicar el precio que había de darse por cada una de las dos fincas v. g. diez mil pesos por cualquiera de las dos, ó diez mil por la casa y cinco mil por la finca rústica y quedar de acuerdo además en que, llegado el caso de realizar la venta, el comprador ó el vendedor elije la cosa vendible.

344.—La venta puede ser *privada* ó *pública;* y esta última, *judicial* y *extrajudicial.*

PARRAFO SEGUNDO.

345.—Los requisitos esenciales para la validez del contrato de venta son: capacidad de las personas para comprar ó vender, consentimiento, cosa vendida y precio que se dé por ella. Se hablará separadamente de cada uno de ellos.

I.

346.—Por regla general todos pueden comprar de cualquiera, y todos vender á cualquiera, con tal que tengan capacidad para disponer de sus bienes (1515 C.); pero hay algunos á quienes la ley lo prohibe de un modo absoluto, como consecuencia de su incapacidad general: hay otros que aunque, en absoluto pueden comprar y vender, no pueden hacerlo en determinadas circunstancias respecto de los bienes de ciertas personas; y hay otros por último, que pueden vender,

pero sujetándose á ciertas formalidades y requisitos especiales.

347.—No pueden vender, ni el menor que no estuviere habilitado de edad, ni el incapacitado (1525 C.) porque éstos carecen de facultad para hacer cualquier contrato (1417 C.).

348.—No pueden comprar determinados bienes, ó de ciertas personas, los siguientes, ni por sí ni por medio de otro:

1. ° El marido no puede comprar de su mujer, ni ésta de aquel (1516 C.). Esto no obsta á que en caso de divorcio declarado, ó de separación judicial ó convencional de bienes, pueda cualquiera de los cónyuges adjudicar al otro los que basten para el pago de sus derechos; porque entonces no hay peligro de simulación ni de que la influencia del marido obligue á la mujer á contratar; y es indispensable, por otra parte, acudir á ese medio para liquidar la sociedad.

2. ° El tutor ó guardador, los bienes que tenga á su cuidado, del menor, incapacitado ó ausente (1º 1517 C.), por el justo temor de abuso (363, 429 C. 10 Dec. de Ref. Nº 272); mas el tutor sí podrá adquirir, cuando es indispensable para llevar á cabo una división, por ser él, su mujer, hijos ó hermanos, coherederos partícipes del menor (364 C.).

3. ° El administrador, los bienes que están á su cargo (2º 1517 C.).

4. ° El mandatario, los bienes del mandante, á no ser con permiso expreso de éste (3º 1517 C.).

5. ° El albacea, los de la testamentaría que administra, durante su ejercicio y mientras no haya dado cuenta de su administración y pagado el saldo (912, 4º 1517 C.).

6. ° El juez, las cosas que se venden por su orden (5º 1517 C. y 18 C. pr.).

7.° El escribano y expertos, los bienes que se venden á consecuencia de diligencias en que han intervenido (6.° 1517 C.).

8.° El abogado y procurador que hubieren defendido al reo, los bienes que de éste se rematen (7º 1517 C.).

9.° Los acreedores, las cosas muebles ó mercaderías cuya venta está á su cargo (8º 1517 C.).

349.—La sanción de las prohibiciones referentes á los ocho últimos casos, es la nulidad de la venta y que el comprador pierda el precio á favor de los fondos de las Facultades superiores (249 Dec. de Ref. N.° 272). Si no se hubiere pagado el precio en todo ó en parte, el comprador tendrá que pagar una multa igual al precio que esté pendiente (1524 C.), para que no por esa circunstancia quede burlada la disposición de la ley; y si ya recibió el precio ó parte de él el dueño de la cosa vendida y no puede devolverlo, mientras no lo entregue, tiene que abonar sobre él el interés de ley á favor de la institución á que esté destinado (250 Dec. de Ref. N.° 272).

350.—Si el dueño de la cosa vendida ha sufrido daños ó perjuicios por causa de la venta, tiene derecho á que se le resarzan, y puede deducir su importe del precio que se pierde ó multa que se impone (251 Dec. de Ref. N.° 272), porque desde luego es preferente su derecho. Y si el importe de esos daños y perjuicios fuere mayor que el precio devuelto ó la multa impuesta, podrá recibirlo todo y dirigirse además contra el culpado para que, con el pago de la diferencia, se le complete la indemnización (252 Dec. de Ref. N.° 272). El comprador queda además responsable al pago de los gastos.

351.—Como puede fácilmente verse, la razón que hay para la prohibición en los cinco primeros casos, depende de la circunstancia de reunirse en una sola

persona el carácter de comprador y el de vendedor; y en los otros, la de que los jueces, escribanos, expertos y acreedores comisionados para la venta, podrían muy fácilmente abusar de su autoridad ó intervención y obtener así la cosa, en perjuicio del dueño, por precio menor del que legítimamente le corresponde.

352.—Se notará también que la prohibición y la pena se imponen al comprador y no al vendedor porque de parte de aquel está siempre el abuso. Y además de la sanción civil, puede caber en algunos la penal, porque la tienen el funcionario público que directa ó inderectamente procure su interés en cualquiera clase de contrato ú operación en que deba intervenir por razón de su cargo: los expertos, árbitros y contadores respecto de los bienes ó cosas en que como tales intervienen; y los tutores, guardadores y albaceas en los pertenecientes á sus menores ó testamentarías (252 C. pen.).

353.—La nulidad de la venta hecha á alguna de las personas que tienen prohibición de comprar, solo puede intentarse por el dueño de la cosa vendida ó por los que le representen (1519 C.), porque solo á ellos, y no á un tercero, corresponde juzgar si la venta es ó no perjudicial á sus intereses; y en caso de no serlo, á nadie más toca mezclarse en eso.

354.—Por último, hay algunos que aunque en general pueden vender, necesitan hacerlo con ciertas solemnidades que den garantía á los intereses de las personas que representan (1526 C.).

355.—Así, la mujer no puede comprar ó vender sin autorización del marido, ó sin la del juez en su caso (156 C., 47 Dec. de Ref. N.° 272): exceptúase la compra de muebles al contado en que se presume, así como en la de objetos, aunque sea al fiado, naturalmente destinados al consumo ordinario de la familia (158 C.); ó

si la mujer ejerce públicamente el comercio, en las operaciones relativas á éste (10 á 16 Cod. Com.).

356.—El varón emancipado, ó casado mayor de 18 años, ó habilitado de edad, no puede enajenar ni hipotecar los bienes raíces, si no es con autorización judicial, en subasta pública (49 y 100 Dec. de Ref. N. ° 272).

357.—Los guardadores de menores, incapacitados ó ausentes no pueden vender ni gravar los inmuebles, derechos anexos á ellos y muebles preciosos sino por causa de absoluta necesidad ó evidente utilidad, con autorización judicial y en subasta pública y judicial (373, 376 C., 429 C. 10 Dec. de Ref. N. ° 272). Siendo disyuntiva la exigencia de la ley, bastará la necesidad absoluta ó la utilidad evidente, y así lo establecen casi todas las legislaciones.

358.—El heredero que tiene la posesión provisional de los bienes del ausente puede enajenarlos ó hipotecarlos solo en los casos y con las formalidades que los tutores (13 Dec. N. ° 272).

359.—El marido no puede, sin el consentimiento de la mujer, enajenar, hipotecar, ni empeñar los bienes dotales cuyo dominio conserve ella (1128 C.); á no ser que la enajenación sea indispensable para alimentar á la familia, ó que el inmueble no admita cómoda división y tenga parte en él un tercero (1129 y 1130 C. 205 Dec. 272). Cuando él administre los parafernales, tampoco podrá enajenarlos si no es con consentimiento de la mujer, á no ser en los mismos casos de excepción de los dotales (208 Dec. de Ref. N. ° 272).

360.—Tampoco la mujer puede, sin consentimiento del marido, ó del juez en su caso, enajenar ni hipotecar los bienes parafernales que administra (207 Dec. de Ref. N. ° 272).

361.—La mujer separada de bienes puede enajenar,

á cualquier título, los bienes muebles que separadamente puede administrar (fr. 2.ª 1175 C.).

362.—Si una cosa común á muchos no puede dividirse cómodamente y sin pérdida, ó en una partición de bienes hay algunos que son rehusados por todos los partícipes, á petición de éstos, se venden en pública subasta (1631 C., 1382, 1383 C. p.). La justificación de indivisión de cosa que no admita partición cómoda es causa de necesidad, bastante para autorizar la venta, sin que se requiera otra comprobación.

363.—Los administradores de establecimientos públicos, sean de beneficencia, de instrucción ó de otro ramo, no pueden vender los bienes que manejan sino en pública subasta, y cuando hayan obtenido licencia del Gobierno (fr. 1.ª 1527 C. y 1711 á 1722 C. p.).

364.—El administrador de bienes de particulares y el mandatario necesitan para vender, de orden ó poder especial del dueño ó del mandante (fr. 2.ª 1527 C.), que conste en cláusula expresa y en escritura pública (2192 C.).

365.—Como para comprar por otro se necesita poder de él (1428 C.), el que compra para sí con dinero ajeno, hace suyo lo comprado.

II.

366.—Indispensable es también, como en todo contrato, el consentimiento de ambos contratantes: comprador y vendedor; pero debe sí tenerse presente que puede uno ser obligado á vender sin su voluntad cuando su propiedad es indispensable para un objeto de utilidad pública, con previa indemnización del valor en que haya sido debidamente justipreciada, según se

explicó oportunamente (Libro segundo, tít. 2.° números 60 á 74).

367.—El error en la cosa se opone al consentimiento y vicia el contrato, ya cuando consiste en el desacuerdo acerca de la identidad de lo vendido, como si el vendedor dice que vendió cierta y determinada casa A, y el comprador manifiesta que entendió comprar otra diferente, también cierta y señalada B; ya cuando el error es en la sustancia de lo vendido, como si se compra latón creyéndolo oro. El error en el nombre no perjudica á la validez, si hay conformidad en la cosa; y tampoco lo habrá, sino solo lugar á indemnización, si versa sobre algo accidental, como si se compra oro creyéndolo de cierta ley, y resulta inferior.

368.—La declaración hecha por el vendedor al tiempo del contrato para asegurar que la cosa tiene una calidad que después se descubre no tener, da lugar á la rescisión de la venta ó á la reducción del precio, según que la calidad declarada hubiese sido la causa principal porque se hizo la compra, ó que su falta solo disminuya el valor de la cosa (1605 C.). Cuando resulta gravada la cosa con servidumbres que no están de manifiesto, y de las que no se dió noticia al tiempo de contratar, si son de tal importancia que se puede presumir que no se la hubiera comprado conociéndolas, puede el comprador pedir la rescisión del contrato (1595 C.).

369.—El error en el número ó cantidad tampoco anula la venta, sino que solo produce algunas veces, el efecto de aumentar ó disminuir el precio, lo cual sucede cuando la venta se hace á un tanto por cantidad, número ó medida: así será si se vende un campo fijando su extensión en veinte manzanas y señalando cien pesos por manzana, y luego resulta número diferente. Mas si se hizo á cuerpo cierto, ó de un conjunto de co-

sas por un solo precio, no hay lugar á aumentarlo ó á dísminuirlo, aunque después resulte extensión mayor ó menor que la expresada al ajustar el contrato.

370.—Si una cosa se vendió fijando el precio no por el todo sino con arreglo á su extensión ó cabida, como por ejemplo, á tanto por manzana, el comprador está obligado á pagar lo que se halle de más y el vendedor á devolver el precio correspondiente á lo que se encuentre de menos, siempre que el exceso ó falta no pase de la décima parte del todo vendido (1567 C.); si pasare, queda á elección del comprador, ó bien pagar lo que hubiere de más y cobrar en su caso lo que resulte de menos, ó bien rescindir el contrato (1567 C.).

III.

371.—La cosa que se vende ha de ser cierta y determinada y conocida del comprador: bastan para ese conocimiento los informes que haya tomado privadamente, cuando no haya podido ó querido reconocerla por sí mismo (1485 C.). Por falta de esa determinación, en las vendidas al gusto, peso, número y medida, no se perfecciona la compra, según se ha dicho, en cuanto al peligro, aunque sí respecto al aumento ó baja de precio, hasta ser gustadas, pesadas, contadas ó medidas.

372.—Siendo indispensable la cosa para que haya venta, si cuando se hizo ésta, había perecido la especie vendida, no hay contrato (fr. 1.ª 1497 C.), porque faltaba la materia sobre que pudiese recaer. Mas si solo había perecido una parte, tiene el comprador derecho de retractarse del contrato, porque puede no convenirle absolutamente tomar solo una parte; ó de pedir

que, por el menoscabo, se le haga una rebaja proporcional al precio que se había fijado para el todo (fr. 2.ª 1497 C.).

373.—Es evidente que la cosa comprada no ha de ser ya, por otro título, del comprador, pues nadie puede comprar lo que ya es propio. Tampoco hay venta de lo que es ajeno, en el sentido de que la venta alcance para transferir por sí sola la propiedad (1498 C.); pero vendida una cosa ajena, el comprador en virtud del contrato, sí adquiere la posesión ó tenencia que en ella correspondiera al vendedor; y teniendo buena fe y los demas requisitos legales, le servirá, como título colorado, de causa legítima para adquir la propiedad por prescripción (247 Dec. de Ref. N.º 272). El que hubiere comprado lo suyo, por haberlo creído de otro, nada adquiere en virtud de ese contrato, y tiene derecho como dueño á conservar la cosa; y á que se le restituya el precio que indebidamente pagó. (1500 C.).

374.—El contrato en que se hace aparecer una venta que no hay, con el fin de causar una defraudación, ó con cualquier otro objeto, es nulo (1501 C.).

375.—En siendo determinada la cosa, se puede vender, siempre que esté en el comercio y que su venta no esté prohibida por la ley (1509 C.), ó que solo esté permitida mediante ciertas condiciones. Así, no se pueden vender libremente, el aguardiente y la pólvora, ni las sustancias venenosas, ó medicinas heroicas (Reglamento de Enero 24 de 1879.), ni las cosas públicas cuyo uso corresponde y es necesario á todos, ni las de corporaciones si no es con los requisitos especiales detallados al efecto.

376.—Pueden ser objeto del contrato de venta tanto las cosas corporales, sean muebles ó raíces, como las incorporales, como créditos, herencias, ser-

vidumbres y demás derechos (1502, 1510 C.). Se exceptúa de esto el de suceder en los bienes de una persona que no ha fallecido, ó cuyo fallecimiento se ignora, aunque preste su consentimiento (1421 C.), para evitar proyectos y atentados criminales de parte del comprador.

377.—Se ha dicho que en la venta, la cosa ha de ser determinada; pero no obsta á esa determinación que no exista actualmente, así es que se pueden vender no solo las cosas presentes, sino también las futuras antes de que existan en especie, como los frutos de una heredad, antes de ser cosechados; los animales antes de nacer y otras cosas semejantes (1511 C.). Aun las esperanzas inciertas, como la redada que va á echar un pescador, pueden ser materia de venta (1512 C.).

378.—Pueden igualmente venderse las cosas litigiosas; y se consideran tales aquellas sobre cuya propiedad ha sido ya emplazado el vendedor (135 Dec. de Ref. N.° 272) pero con tal que se instruya al comprador de la naturaleza y del estado del pleito sobre ella (1513 C.) pues de otra suerte, este podría pedir la nulidad lo mismo que el demandante. Por eso, para hacer ineficaz la enajenación de las cosas litigiosas, conviene que el demandante pida anotación preventiva de su demanda conforme al inciso 1.° artículo 2111 C.

IV.

379.—El último de los requisitos esenciales de la venta es el precio, ó sea, lo que se paga ó da por la cosa que se compra. Ha de ser convenido en dinero, esto es, en metálico, ó en papel que lo represente y esté admitido como tal en el comercio, ó tenga estima-

ción determinada. Y si se conviene en que parte sea en dinero, y parte en mercaderías ú otros bienes muebles ó inmuebles, para definir la especie de contrato se atenderá á si la porción ofrecida en dinero es, por lo menos, la mitad del precio ó no llega á ella. Si es lo primero, el contrato es de venta; y si lo otro, de permuta (1496 C.). De ese modo resuelve el Código la cuestión considerando la mayor ó menor cantidad de dinero que interviene, y se separa de la resolución adoptada por muchos expositores de atender á la intención de los contrayentes y tenerlo como venta, si el precio se había fijado en cantidad determinada de dinero, conviniendo en que parte de él se pagara en efectos valuados; ó si después de fijado el precio, convinieron en que el comprador entregaría en su lugar otra cosa estimada en el mismo valor. Lo tenían al contrario, por permuta si los contratantes se propusieron trocar una cosa por otra, y para igualar su diferencia, ó por cualquiera otra causa, convinieron en que uno diese además una cantidad.

380.—El precio ha de ser *cierto*, esto es, determinado. Tal será si lo fijan expresa y claramente los contratantes, v. g. mil pesos por tal casa. No es sin embargo, absolutamente indispensable, en todos los casos, que ellos mismos lo hagan en la forma expresada, pues la venta es válida, aunque ellos no hayan convenido en el precio, si en el contrato nombran una tercera persona, que no sea ninguno de los contrayentes, que lo determine, y ésta así lo hace (1490 C.). Cuando ésto sucede, la propiedad no se transfiere al comprador sino hasta que el tercero nombrado fija el precio de la cosa y lo notifica á los contratantes (1491 C.), pues es circunstancia esencial para la existencia del contrato, tanto que la venta caduca si el nombrado no puede ó no quiere determinarlo.

381.—Se considera fijado y es cierto el precio en la venta, cuando se conviene que sea el que la cosa tuviere en lugar y tiempo determinados (1492 C.), y entonces solo habría que probar cuál es ese precio corriente, esto es el general y que prevalece en el tiempo y lugar convenidos. Y cuando el tiempo es tal, que durante él puede variar el precio v. g. el que tenga el maíz en agosto del año entrante, se entenderá, si no se estipula otra cosa, que convinieron en el medio proporcional entre el más alto y el más bajo (1493 C.) y así resultará un precio, ni tan alto como el mayor ni tan bajo como el menor. Para obtenerlo, se suman el más alto y el más bajo; y la mitad de esa suma será el medio proporcional, de suerte que si el mayor es 20 y el menor 14, el medio será 17.

382.—Se tendrá también como cierto el precio de la venta, si aunque no lo determinen las partes, lo refieren al que resulte de cierta tasación hecha por personas íntegras, siempre que además se sometan á decisión judicial para el caso de que alguna de ellas no se conforme con la tasación (1494 C.). Y podrá también estipularse que el precio sea el corriente, con cierta rebaja convenida; ó el que resulte de tasación, con la misma rebaja.

383.—Se tendrá también como cierto el precio si se conviene en que sea el más alto que se ofrezca por la cosa, sometida á pública subasta (1495 C.), pues la mejor postura que entonces se haga equivale á la designación hecha por un tercero.

384.—Será cierto además áun cuando sea con relación á otra cosa, v. g. si se conviene en dar por un reloj el dinero que tiene en el bolsillo el comprador; ó en pagar la cantidad que dió por él el vendedor. Mas si el comprador ninguna cantidad tiene, ó si el vendedor nada pagó por la cosa, sino que le fué donada, por

ejemplo, no valdrá el contrato porque no hay precio.

385.—El precio ha de ser verdadero, es decir, no tan insignificante que más que venta, sea donación ú otro contrato; y áun la venta en que no hay precio es simulada; y por lo tanto, nula (1501 C.).

386.—Antes se fijaba también como carácter del precio, que fuera justo, es decir, que no excediera ni fuera inferior á la mitad del valor verdadero de la cosa, pues de lo contrario había lesión y podía rescindirse la venta; más hoy la ley no admite esa lesión que era llamada enorme, ni áun la que se decía enormísima, ni reconoce nulidad ó rescisión fundada en ellas (1630 C.), porque el consentimiento libre, sin dolo, error ó violencia, debe hacer irrevocables los contratos. De lo contrario, se abre la puerta á numerosos y prolongados pleitos, y se mantiene en inquietud á los poseedores, impidiéndoles que mejoren sus fincas por el temor de un pleito por lesión.

PARRAFO TERCERO.

387.—Las obligaciones del vendedor puede decirse que son: 1.° Entregar al comprador la cosa vendida en el lugar, modo y tiempo convenidos, y cuidar de ella mientras no la entregue, respondiendo por la culpa leve. 2.° Asegurarle el goce de su propiedad é indemnizarle competentemente si es desposeído de ella, ó lo que es lo mismo, estar sujeto al saneamiento por evicción. 3.° Responder por los vicios ó defectos ocultos de la cosa vendida. Siempre es conveniente que expresen los contratantes de una manera clara aquello á que se obligan (1528 C.).

388.—La primera obligación del vendedor es entre-

gar al comprador la cosa vendida, como que el objeto del contrato es ese (1529 C.); y son de cuenta de aquel los gastos para preparar la entrega (1531 C.).

389.—La entrega es la traslación de la cosa vendida al poder del comprador (1530 C.) ó sea, el acto en que se pone al comprador en tenencia ó posesión de ella, y es diferente según la diversa naturaleza de las cosas vendidas, conforme se explicó al hablar de la entrega en general (Libro 2.° Tít. 7.° números 353 á 360). Así es que la entrega, aparte de lo que se haya estipulado en orden á la manera de efectuarla, se verificará según corresponda á la naturaleza de la cosa vendida: materialmente, por lo general, en las cosas muebles; simbólicamente, en las raíces; entregando el título, en la venta de derechos y acciones; y admitiendo el ejercicio, en los otros incorporales como las servidumbres.

390.—La cosa que ha de entregarse es precisamente la que se ha vendido; así es que el comprador no está obligado á recibir en su lugar otra diferente, ni áun equivalente de la que fué objeto del contrato; y si no puede ser entregada la misma, queda rescindido el contrato (1543 C.). En este caso, el comprador, si ha recibido ya el precio, tiene que devolverlo con los intereses devengados hasta la fecha de su devolución (1541 C.), pues ningún título ha habido para que lo retenga y se aproveche de él; y si además hubo culpa de su parte en la falta de entrega, tiene que indemnizar al comprador daños y perjuicios (256 Dec. de Ref. N.° 272), ya que de hecho de él han dependido. Mas aunque el contrato puede rescindirse por no entregarse precisamente la cosa vendida, pueden comprador y vendedor convenir en que aquel reciba otra distinta; y ese convenio sobre la recisión del contrato anterior, significará una nueva venta, como que tiene materia ú objeto diverso (1544 C.). Mientras no se verifica la en-

trega, el vendedor debe prestar en la custodia y conservación de ella y ser responsable por la culpa leve, por tratarse de un contrato en que la utilidad es recíproca (1439 C.).

391.—La cosa vendida debe entregarse al comprador en el estado que tenía al tiempo de la venta (1534 C.), pues desde entonces es del comprador, y desde entonces le corresponden los beneficios ó deterioros, salvo los casos en que la ley dispone expresamente otra cosa respecto del punto de partida para que comience á ser del comprador el riesgo de lo comprado. Y debe entregarse con todas sus accesiones y cuanto estaba destinado para su uso perpetuo (1535 C.), porque todo eso forma parte de ella y se entiende vendido formando un todo con lo principal. Así, vendida una vaca, se entregan las crías posteriores á la venta; vendido un edificio, se entiende vendido todo lo unido á él de manera que con facilidad ó sin deterioro no pueda separarse; pero no los demás muebles y semovientes; por lo cual corresponderán al comprador las tinajas soterradas ó empotradas; pero no las que no se hallan unidas á él; al comprador de una finca rústica, tocan los frutos pendientes; respecto de pensiones no vencidas de arrendatarios y de frutos civiles, serán de él los que correspondan desde la fecha del contrato.

392.—La cosa vendida debe entregarse en el lugar que las partes señalaron en el contrato; y si no se designó ninguno, cumple el vendedor con hacerlo en el lugar en que estaba la cosa al tiempo de hacerse la venta (1532 C.), por ser natural presumir que á ese se refirieran. No habiendo pacto en contrario, los gastos de transporte al lugar que el comprador designe, de la cosa preparada para la entrega, son á cargo de éste.

393.—La cosa vendida ha de entregarse en el tiem-

po convenido; y no habiéndose fijado éste, en el legal que es inmediatamente después de la venta (1533 C.). Si por culpa del vendedor no se realiza la entrega de la cosa en el tiempo convenido ó en el legal, el comprador, á su elección, tiene derecho de exigirla y de que judicialmente se le ponga en posesión de la cosa vendida (1577 C.), reteniendo mientras tanto el precio (1574 C.); ó de pedir la recisión del contrato (1536 C.). En el primer caso, si en la demora de la entrega ha habido culpa del vendedor, responde al comprador por los frutos de la cosa desde que debió ser entregada y por los daños y perjuicios; y si no ha habido esa culpa, solo por los frutos que hubiere recogido (255 y 260 Dec. de Ref. N.° 272). Claro es el motivo de la diferencia en uno y en otro caso respecto de daños y perjuicios: respecto de los frutos recogidos, no hay título para que en ninguno de ellos se los quede el vendedor; y cuando es culpable, no es preciso que los haya recogido: basta que los haya producido la cosa para que sea responsable de ellos. En el caso de culpa en la demora, si no ha habido frutos, el vendedor tiene que abonar al comprador, intereses, durante el tiempo de ella, del todo ó parte del precio que hubiere recibido (1538 C.), ya que entonces no están ellos para compensar. Y si el vendedor no solo no es culpable en la demora sino que ésta ha provenido además de un obstáculo que conocía el comprador al tiempo del contrato, no tiene derecho á indemnización de daños y perjuicios, ni á pago de intereses (257 Dec. de Ref. N.° 272) pues debe entenderse que compró bajo ese supuesto.

394.—Si la venta se rescinde por falta de entrega en tiempo, si ha habido culpa en el vendedor, tiene también que pagar al comprador daños y perjuicios (256 Dec. de Ref. N.° 272.).

395.—Para que pueda exigirse del vendedor la obligación de entregar la cosa, es preciso que el comprador, por su parte, le haya pagado ya el precio, si es que no se fijó término alguno para satisfacerlo (1546 C.) ó le haya otorgado en seguridad de él la fianza ó caución que se hubiese pactado para el pago á plazo (258 Dec. de Ref. N.° 272). Hecha la venta al contado, el pago del precio ha de ser del todo, de suerte que aunque se haya pagado una parte, tiene el vendedor derecho de retenerlo mientras no se complete; y por esta demora en su poder no tiene que pagar nada por razón de frutos ó intereses al comprador (1547 C.) porque de éste ha dependido no entrar en posesión de ella, mediante el cumplimiento de sus obligaciones. Y no solo no está obligado el vendedor á entregar, sino que la venta puede rescindirse á voluntad del vendedor, con esta diferencia: que si se trata de raíces, sea dos meses después de celebrado el contrato sin haberse prestado la fianza ó la caución estipuladas; y si de muebles, tres días después (1550 C.); y áun sin pedirse la rescisión, si tiene la cosa, puede disponer de ella, si no se le paga ó no se da la fianza correspondiente (1556 C.).

396.—Cuando la venta no es al contado sino á plazo, y para el pago cuando llegara éste, no se estipuló fianza ó caución, el vendedor tiene que hacer la entrega, aunque no haya llegado el plazo, porque eso aparece convenido. Se exceptúa sin embargo el caso en que el comprador, después de la venta haya caído en quiebra, ó sufrido tan notable menoscabo en sus bienes, que el vendedor quede expuesto al inminente peligro de perder el precio. En ambos supuestos, no puede exigirse del vendedor la entrega sino dando fianza para el pago del precio (1549 C.), porque cambiadas las circunstancias en que se contrató, es natural asegurar de algún modo al vendedor.

397.—Ha de tenerse presente que hay un caso en que, apesar de que se haya pagado el precio, ú otorgado fianza ó caución para el pago en ventas de inmuebles, puede el vendedor demorar la entrega, y es cuando el comprador no le ha otorgado la escritura pública del contrato. Como ésta es indispensable, para obligarle á concurrir á su otorgamiento, tiene derecho de no entregarla mientras dure la resistencia ú omisión de parte del comprador (1545 C.), derecho necesario para hacer efectivo el cumplimiento de un requisito también necesario.

398.—Y cuando el vendedor demora sin derecho la entrega de la cosa y en el contrato se habían fijado plazos para el pago del precio, se entiende que éstos no comienzan á contarse desde la fecha del contrato, sino desde que la entrega se verifique (1576 C.), pues no sería justa otra cosa, una vez que de él dependió el retardo.

III.

399.—La compra se hace, y la cosa comprada se recibe, en el concepto de que es legítimo dueño el que la vende, y con el fin de obtener su propiedad y goce, y así disfrutarla y poseerla quieta y pacíficamente; es decir, que el vendedor está obligado á responder al comprador de que la cosa está sana de toda acción que le impida poseerla y gozar de ella, y de todo vicio oculto; ó lo que es lo mismo, está obligado al saneamiento.

400.—Generalmente se explica esto diciendo que el vendedor, y en general, todo el que enajena algo por título oneroso, está obligado á la evicción y saneamiento (128 Dec. de Ref. Nº 272), empleando las dos palabras para expresar la misma idea, ó como en el Código (art. 1582 y 1583, 694 C.), significando con la *evic-*

ción que el vendedor tiene que tomar la defensa de todo pleito que se promueva contra el comprador por causa anterior á la venta; y con el *saneamiento*, que tiene que responder por el valor de la cosa en caso de haberse perdido en juicio y por los daños y perjuicios; de suerte que el saneamiento supone la pérdida en el juicio de evicción. Pero evicción propiamente es la privación que en juicio sufre el comprador de la cosa que le fué vendida; y saneamiento la indemnización que al comprador hace el vendedor, de todos los perjuicios que se le han causado con la privación ó pérdida de la cosa vendida. Por esto, y porque el vendedor no está obligado á salir á la defensa del pleito que contra el comprador se promueva, se reformó el artículo 1582 del Código que decía que el vendedor estaba obligado á la evicción y saneamiento, estableciendo que el vendedor está obligado al comprador al saneamiento (fr. 1ª art. 261 Dec. de Ref. Nº 272). El saneamiento se refiere á dos extremos principalmente: á responder por los vicios ocultos de lo vendido, que no se hubieren considerado al tiempo de la enajenación, esto es, al saneamiento por defectos de la cosa; y á sostener al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa, libre de gravámenes y servidumbres no manifiestas é indemnizarle cumplidamente, y es el saneamiento por evicción. De este último va va á tratarse ahora dejando para después el que se refiere á los vicios ó defectos de la cosa.

401.—Hay evicción de la cosa comprada, siempre que el comprador es privado del todo ó parte de ella por sentencia judicial; ó sea, es vencido en el juicio que respecto de ella, y por causa anterior á la venta, se le promueve. El vendedor no tiene hoy obligación de sostener ese pleito y ser él el defensor en el juicio, como la tenía por el Código (fr. 1ª 1583, 1588 C.) sino que, conforme á la reforma de este último (264 Dec. de

Ref. Nº 272), queda á su elección comparecer en el juicio y tomar la defensa, una vez citado por el comprador, ó dejar á éste que siga el pleito por sí y estar á su resultado. Lo que con justicia puede exigir el comprador es que, si la cosa se pierde, el vendedor le restituya el precio, le indemnice de los daños y perjuicios y le pague sus gastos; mas no hacer que precisamente tome el pleito. El interés del vendor es que el comprador obtenga en él buen resultado, y eso le aconseja tomar parte, por lo cual se le cita, pero quedando á su arbitrio hacerlo ó no.

402.—Promovido pues, pleito contra el comprador, si éste quiere hacer valer en su caso la acción de saneamiento, tiene que qedir que se cite al vendedor; y debe pedirlo antes de la apertura á prueba del juicio, pues de otra suerte no dispondría aquel del término oportuno para producir sus justificaciones (263 Dec. 272). Citado el vendedor, puede suceder que no quiera intervenir en la defensa del pleito: que comparezca y reconozca desde luego la legitimidad de la acción intentada; ó que comparezca y quiera sostener el pleito. En el primer caso, sostiene el juicio el comprador, y si fuere vencido en él, tiene expedita su acción, por saneamiento, contra el vendedor. En el segundo; si el comprador quiere, puede acceder á la demanda y pedir el saneamiento; pero si quiere, puede también resistirla y sostener por sí mismo el pleito; mas si fuere vencido, no tendrá derecho para exigir del vendedor el reembolso de los gastos del juicio, que se causaron solo por su voluntad, ni el de los frutos que durante el mismo se hayan percibido y satisfecho al dueño. Y por último, si el vendedor comparece y quiere tomar la defensa, se sigue solo contra él la demanda; pero puede el comprador, si quiere, intervenir en el juicio porque tiene interés en él, y para conservar mejor sus derechos (264 Dec.

de Ref. N.° 272); y si se perdiere el pleito, su intervención no obsta á su acción de saneamienro.

403.—El saneamiento es condición ó circunstancia natural de la venta, así es que el vendedor está sujeto á él aunque no se haya estipulado en el contrato (1584 C.). Mas como es circunstancia natural y no esencial, pueden los contrayentes ampliar ó restringir esa obligación, á su voluntad; y aun pueden, por regla general, pactar que el vendedor no quede sujeto á ella (1585 C.), de suerte que si se pierde la cosa no tenga acción para reclamar. Exceptúase el caso en que el saneamiento resulte de un hecho personal del vendedor, pues entonces el pacto de no quedar sujeto á él, es nulo (1586 C.); y el objeto de esta nulidad es impedir que el vendedor cause algún daño en la cosa vendida con la seguridad de que él está libre de responsabilidades.

404.—En virtud del saneamiento á que está obligado el vendedor, el comprador tiene derecho de demandarle: 1. ° la restitución del precio, 2. ° los frutos que él haya sido obligado á restituir, 3. ° los gastos que haya tenido que hacer en el juicio en que fué vencido y en el de saneamiento contra el comprador, 4. ° los gastos que hubiere satisfecho del contrato v. g. de escritura, alcabala (262 Dec. de Ref. N.° 272) y 5. ° los daños y perjuicios (129 Dec. citado). Todo esto se comprende en una completa indemnización para la que debe buscarse, por lo menos, que el comprador no sufra ninguna pérdida.

405.—El precio que el vendedor está obligado á entregar, por el saneamiento, es el que tiene la cosa al tiempo de perderla el comprador (1591 C.), pues son de cuenta de éste como dueño, respecto del vendedor, los menoscabos ó aumentos que la cosa haya tenido después de la venta; y estos últimos los ha perdido

por culpa del comprador. Si al hacerse la venta hubo rebaja en el precio, y se quiso dar y se dió efectivamente por diez mil pesos una finca que valía quince mil, el vendedor solo sanea, en su caso, estos diez mil, si la finca vale los mismos quince ó más, siempre rebajando cinco mil; y si ya no vale los quince mil sino catorce mil por ejemplo, la rebaja no será de los cinco mil sino menor, en proporción á lo que su valor hubiere disminuido, es decir, que en el caso supuesto, sería de cuatro mil seiscientos sesenta y seis pesos.

406.—Respecto de mejoras, el vendedor de mala fé, está obligado, en caso de saneamiento, á pagarlas al comprador todas, sin exceptuar ni las de recreo (1593 C.); pero las necesarias y útiles pueden exigirse, para ser abonadas, del verdadero dueño que es quien percibe todo el beneficio que resulte de ellas.

407.—Hay varios casos en que el comprador no puede exigir saneamiento del vendedor:

1. ° Si promovido el pleito contra él no pidió que se le citara de evicción antes de abrirse á prueba el juicio (1º 1590 C.), porque él es culpable en que no haya rendido la que le correspondiera.

2. ° Si sometió la causa á juicio de árbitros sin consentimiento del vendedor y la perdió en este juicio (2º 1590 C.); por no ser esa la autoridad judicial ordinaria y depender de hecho personal suyo ese sometimiento.

3. ° Si se dejó condenar en el juicio, por contumacia, ó abandonó la causa sin defenderla, cuando el vendedor no había salido á la defensa (3º 1590 C.); por igual motivo.

4. ° Si pudiendo oponer la excepción de prescripción á sabiendas de que existía, no la opuso (4º 1590 C.).

5. ° Si no apeló de la sentencia de primera instancia (5º 1590 C.).

6. ° Si al comprar la cosa, sabía que era ajena y el vendedor lo ignoraba (6º 1590 C.).

7. ° Si no empleó en la defensa los documentos que le suministró el vendedor (7º 1590 C.).

8. ° Si cometió dolo en el juicio en que fué vencido (8º 1590 C.).

9. ° Si compró la cosa de su cuenta y riesgo, es decir, renunció al saneamiento, ó sabía que era robada (9º 1590 C.).

10. ° Si la venta se hizo para pagar pérdida de juego en que el comprador tomó parte (10.° 1590 C.), porque la ley niega las acciones civiles por juego.

408.—El saneamiento no es propio solo de la compra, sino, en general, de todas las enajenaciones por título oneroso, y áun de algunas por título lucrativo (7º N.os 351 y 352); y debe advertirse que el que vende un derecho hereditario sin especificar por menor en lo que consiste, solo está obligado á sanear la calidad de heredero (1639 C.); pero si se hubiere aprovechado él de alguna cosa de la herencia, está obligado á pagarla al comprador, si no se la reservó expresamente en el contrato de venta (1640 C.).

409.—Para que haya lugar al saneamiento, no es preciso que la cosa se haya perdido toda: basta que lo haya sido en una parte, y el saneamiento será en proporción á la pérdida (1594 C.); y lo mismo si resulta gravada la finca con servidumbres que no están de manifiesto, y de las cuales no se dió noticia al tiempo de contratar (1595 C.), pues el objeto del comprador es adquirir la cosa sana y sin ninguna responsabilidad que naturalmente hace disminuir su valor. Mas para el saneamiento es indispensable que el pleito promovido sobre la cosa, sea por causa anterior á la venta; ó lo que es lo mismo, que antes de ésta haya existido el derecho del que venció en ese juicio; pues si el pleito

es por hechos propios del comprador ó títulos posteriores á la venta, no puede reclamar del vendedor que ninguna parte tiene en ellos. si al tiempo Y de la venta el derecho del reclamante no era un derecho perfecto, y solo se perfeccionó después por descuido del comprador, no tendrá cabida el saneamiento (1596 C.), porque la cosa propiamente estaba sana y libre al tiempo de venderse. Así por ejemplo: si una servidumbre contra la finca no contaba más que cinco años de prescripción al tiempo de la venta y el comprador deja que siga ejerciéndose durante el que falta para completar el término de la prescripción, no hay saneamiento porque el vendedor no tiene que responder por las consecuencias de omisiones ó descuidos del comprador.

410.—Cuando por causa anterior á la venta se promueve pleito contra el comprador, y éste sale victorioso, claro está que no procede la acción de saneamiento por el valor de la cosa puesto que no se perdió; pero no procederá tampoco, ni áun por los perjuicios y gastos que la demanda hubiere causado al comprador sino en cuanto fuere imputable á hecho ó culpa del vendedor (fr. fin. 262 Dec. de Ref. Nº 272), pues el vendedor no puede comprometerse á que no se promoverá pleito sino á que no se promoverá con razón; y si alguno se suscita injustamente, ha de tenerse como un accidente á que cualquier propietario se halla expuesto.

411.—La acción de saneamiento la ejercita el comprador contra su vendededor, y esto es lo más natural: este vendedor la puede ejercitar á la vez contra quien le vendió á él, y así sucesivamente. Mas como puede convenir al último poseedor encaminarla directamente contra algunos de los anteriores, sin seguir precisamente el orden de sucesión, la ley lo faculta para ello, de suerte que colocándose en el lugar de aquel contra

quien él podría directamente gestionar, puede hacer uso del derecho que á ese competiría, ya que con ello no se hace más que simplificar el procedimiento y llegar desde luego al último resultado (fr. fin. 261 Dec. 272). Así, si A fué vencido en juicio por la cosa comprada, podrá reclamar inmediatamente á su vendedor B; pero podrá también si quiere, dirigirse desde luego contra C, vendedor del que fué vendedor suyo, usando de la acción que á éste competiría.

412.—Explicado ya el saneamiento por evicción, corresponde hablar del saneamiento á que también está obligado el vendedor por los vicios ó defectos ocultos de la cosa vendida.

413.—El vendedor está obligado al saneamiento por aquellos gravámenes ocultos de la cosa vendida, existentes ya al tiempo de la venta, que la hacen inútil para el uso que se destina, ó hacen disminuir este uso de tal modo que, á saberlos, el comprador no hubiera verificado la compra ó dado tanto precio por ella (1598 C.).

414.—Los vicios, defectos ó servidumbres no han de ser posteriores á la venta porque es claro que de eso no responde el vendedor; y el comprador que pide el saneamiento es el obligado á probar, como actor, que existían ya al verificarse (1595, 1606 C.). Y no solo han de ser anteriores sino que si el vicio ha tenido su principio antes de la venta y causa la pérdida de la cosa, pero siendo tal que no la hubiera causado á no mediar descuido por parte del comprador, queda libre de responsabilidad el vendedor (1604 C.). Han de ser ocultos y no manifiestos (1595, 1600 C.), porque si están á la vista, desde luego hay que suponer que el comprador compró con conocimieuto de ellos. Y áun cuando no estén á la vista, no podrá reclamar el comprador si se trata de objetos en que, por razón de su

oficio ó profesión, es experto el comprador, y por lo mismo debe facilmente conocerlos, como si la cosa vendida es una casa y el comprador un arquitecto (1600 C.).

415.—La acción para reclamar por tales vicios ó defectos puede renunciarse ó limitarse; y la limitación ó renuncia surtirá su efecto, á menos que haya habido mala fé de parte del vendedor, es decir, que se pruebe que él tenía conocimiento de esos vicios y no le haya dado noticia de ellos al comprador (1600 C.), pues eso sería autorizar el fraude.

416.—Una de dos cosas puede pedir el compradar, á su elección, ó que se rescinda el contrato, ó que del precio se le devuelva lo que por razón de ese vicio ó defecto, vale menos la cosa (1601 C.). Si se pide lo primero, la acción que se usa es la llamada desde el derecho romano, *redhibitoria:* si es lo segundo, la acción es la llamada *estimatoria* ó de cuanto menos. La acción redhibitoria, esto es, para deshacer la venta por causa de vicios ó gravámenes ocultos no tiene cabida en las ventas judiciales y ha de intentarse dentro de seis meses desde el día de la entrega de la cosa (1609 C.), porque desde entonces puede el comprador conocer todos sus vicios ó defectos (1607 C.). En virtud de esta acción, si el vendedor tenía mala fe, es decir, si sabía los vicios de la cosa, tiene que restituir no solo el precio que recibió, sino además los daños é intereses (fr. 1ª 1602 C.); y si era de buena fe, es decir, si los ignoraba, no tendrá que satisfacer más que el mismo precio y los gastos de la venta (fr. 2ª id.). Y si á consecuencia de tales vicios hubiere perecido la cosa, el vendedor sufre su pérdida, con tal que no hayan sido manifiestos y no se trate de un experto (1603 C.).

417.—La acción estimatoria, esto es, para pedir la reducción del precio, dura un año que se cuenta también desde el día de la entrega de lo vendido (1608,

1609 C.). El uso de una de las acciones priva del derecho á la otra (1610 C.), así que, dentro de un año contado desde la entrega, puede ejercitarse la estimatoria: dentro de los seis primeros meses, ella ó la redhibitoria; y dentro de los seis últimos, solo la estimatoria.

418.—La acción para pedir la rescisión puede también ejercerla el vendedor cuando él ignoraba el vicio ó defecto oculto de la cosa (1611 C.).

IV.

OBLIGACIONES DEL COMPRADOR.

419.—Las obligaciones del comprador pueden reducirse á recibir oportunamente la cosa vendida y á pagar el precio.

420.—En cuanto á lo primero, del vendedor es la obligación de entregar la cosa vendida; pero el comprador no debe poner obstáculo á recibirla; y si requerido para que lo haga, rehusa ó descuida hacerlo, queda, desde la fecha del requerimiento, obligado á pagar al vendedor los daños y gastos que le cause (1572 C.).

421.—En cuanto á la otra, ha de pagar el precio, es decir, la cantidad convenida para hacerse dueño de la cosa, en su tiempo y lugar (1551 C.). El tiempo y el lugar serán los que se hubieren estipulado; y en falta de estipulación, el lugar en que la cosa ha de entregarse, y el día en que se verifique la entrega (1552 C.). Así pues, al vendedor corresponde dar principio á la ejecución del contrato, pues mientras él no la pone á disposición del comprador, no empieza para éste, por regla general, la obligación de pagar el precio.

422.—Además del precio, tiene el comprador que abonar intereses en varios casos:

1.° Si así se estipuló en el contrato (1º 1553 C.), lo cual supone que se fijó plazo para el pago. Estipulado plazo, naturalmente el vendedor no puede exigir el precio antes de su vencimiento, ni intereses mientras llega, si no se pactaron; pero sí tiene el comprador á quien se concedió plazo, que otorgar al vendedor la fianza ó caución que se hubiere estipulado para asegurar el pago (1555 C.); y si no se la otorgare, se debe á solicitud de aquel, decretar á su favor el embargo de la cosa vendida ó ya entregada. Estipulado en la venta hecha al fiado el pago de intereses, y no expresando cuando comienzan á correr, se computan desde la fecha de la entrega de la cosa (1554 C.). Hay que recordar que cuando el vendedor demora la entrega de la cosa en un contrato en que hubo plazos para el pago del precio, estos no corren desde la fecha del contrato sino desde que se verifique la entrega (1576 C.) por ser ésta el punto de partida para la obligación del comprador.

2.° Si no hubo pacto de pagar intereses, pero la cosa vendida y entregada produce frutos ó rentas (2º 1553 C.); porque los intereses del precio representan los frutos de la cosa, y el comprador no puede, en justicia, aprovecharse de unos y otros á un mismo tiempo. Se entiende esto desde la fecha de la entrega (1554 C.) en las ventas al contado, pues si son á plazos y sin pacto de intereses, no los debe el comprador mientras llegan, aunque perciba los frutos ó rentas de la cosa, porque el plazo es elemento del contrato y se tuvo en consideración para fijar el precio.

3.° Si el comprador es requerido judicialmente para el pago (3.° 1553 C.). Este requerimiento puede ser, en las ventas al contado, en cuanto se entrega la

cosa; y en las ventas á plazo sin intereses, después del vencimiento de éste. Corren entonces desde el día del requerimiento judicial para el pago (1554 C.); y no habiendo estipulación diferente, son los legales, es decir, de uno por ciento mensual; de modo que siguen la regla general de los intereses que se adeudan desde que se constituye el deudor en mora.

423.—No puede ser compelido el comprador á pagar el precio ó la parte que debiere, aunque se le haya entregado la cosa, cuando la venta es de bienes inmuebles ó derechos ó acciones sobre ellos, mientras el vendedor le demore el otorgamiento de escritura en registro público (1578 C.), porque la ley exige como requisito indispensable la escritura. Y á virtud de esta retención, motivada por esa causa dependiente del vendedor, no debe el comprador intereses legales ni convencionales de la suma no pagada, de suerte que si estuvieren pactados, comenzarán á correr en la fecha del otorgamiento de la escritura.

424.—Tampoco está obligado el comprador á hacer el pago del precio sino que puede suspenderlo, si es perturbado en la posesión de la cosa, ó tiene justo motivo para temer que lo será por una acción de reivindicación ó hipotecaria; y podrá retenerlo hasta tanto que el vendedor haga cesar esa perturbación ó le dé fianza de saneamiento, esto es, de responderle por el resultado. La cantidad que puede retener el comprador es la necesaria para resguardar su derecho, esto es, la que baste á cubrir la responsabilidad cuestionada que es lo que la funda; y cesará la facultad si se estipuló que, no obstante esa ó cualquiera otra perturbación, el comprador no suspendería el pago (1579 C.). Si la venta se hubiere hecho á plazos, el derecho de retencion de que se ha hablado, recaerá en la parte de precio que corresponda á los últimos plazos y no á los

primeros (1580 C.), porque eso basta para conciliar los derechos de comprador y vendedor, y porque cuando los últimos lleguen, podrá estar ya declarada la existencia ó insubsistencia de la responsabilidad.

425.—La falta de pago de precio da lugar, según se verá después, á rescisión que puede pedir el vendedor; pero además, si lo vendido son cosas muebles no entregadas al comprador, y éste no paga, siendo la venta al contado, ó no otorga la fianza á que se hubiere obligado, siendo á plazo; el vendedor no solo puede retener la cosa sino áun disponer de ella, sin tener que aguardar ninguua declaración (1556 C.).

426.—Siendo la venta de cosas muebles, y desmejorando el comprador de fortuna después de haberlas recibido y antes de haber pagado el precio, puede el vendedor exigir que se le garantice el pago; y de lo contrario, pedir la devolución de la cosa (1564 C.); y cuando resulta exceso que no pase del décimo en la extensión de la cosa vendida conforme á ella, el vendedor estará obligado á concederle término para el pago; y si se lo negare, lo acordará el juez con arreglo á las circunstancias del caso (1566 C. C.). Se ve pues que las ventas pueden hacerse por una extensión ó medida determinada v. g. cien mil varas; y estas ventas se llaman *ad mensuram;* y pueden hacerse sin esa determinación, por lo que se comprenda dentro de ciertos límites, y entonces se llaman *ad corpus.*

V.

427.—Fuera de los casos que, en general, dan lugar á la rescisión de los contratos, hay algunos que detalla la ley especialmente para la venta; y proceden, por lo

común, de la falta de entrega de lo vendido ó de pago del precio. Va á hacerse ahora su enumeración.

428.—El comprador puede pedirla 1. ○ Si por culpa del vendedor no se realiza la entrega de la cosa en el tiempo convenido ó legal (1536 C.). 2. ○ Si la venta es de inmuebles á plazo, y pasan dos meses desde la celebración del contrato sin haberse prestado la fianza ó caución estipulada; ó si fuere de muebles y pasan tres días (1550 C.). 3. ○ Si el comprador ha perdido por evicción una parte de la cosa tan importante respecto del todo, que sin ella no la hubiera comprado (1594 C.).

429.—Puede pedirla el vendedor 1. ○ Si no se le ha pagado el precio en la venta al contado, ó no se le otorga la fianza ó caución estipulada en la que se hizo á plazos, por el todo ó parte (1555 y 1559 C.). Pero aunque se hubiere pactado en la venta de inmuebles que no realizado el pago en el termino estipulado, quede rescindida la venta, puede no obstante, pagar el comprador después del plazo, mientras no se le haya constituido en mora por medio del requerimiento (1573 C.). El comprador que recibió la cosa paga en este caso intereses del precio y restituye los frutos, respondiendo además por los gastos y reparación de perjuicios. 2. ○—Cuando se ha pagado parte del precio y en el contrato no se estipuló plazo para el pago de la otra parte, el vendedor tiene derecho á pedir rescisión si el comprador no paga el resto del precio dentro de ocho días después de notificada la demanda; y rescindido el contrato, el vendedor devuelve la parte de precio recibida, deducidos los gastos (1558 C.). La rescisión de la venta de cosas muebles ya entregadas, cuyo precio no se pagó ni garantizó, no perjudica sin embargo, á un tercero que las haya adquirido del primer comprador y las tenga ya en su poder, á no ser que se le pruebe dolo (1560 C.). Si el tercero no ha pagado el precio toda-

vía, puede el primer acreedor pedir su retención, la que se ordenará desde luego sin citación ni audiencia, quedando en todo caso responsable á las resultas el primer comprador (1561 C.). En estos casos, si el precio de la segunda venta es menor que el de la primera, el segundo vendedor pagará la diferencia al primero; y de todos modos, sea mayor ó menor, le debe los gastos causados. Mas si el precio de la segunda venta es mayor que el de la primera, el exceso pertenece al segundo vendedor (1562 C.).

3. ° —Si una cosa se vendió fijando el precio no por el todo, es decir *ad corpus*, sino según su cabida ó sea *ad mensuram*, y resulta en la extensión de la cosa exceso ó falta en más de un décimo puede el comprador pedir la rescisión (1567 C.).

4. ° En la ventade inmuebles en que se haya estipulado el pago del precio por partes en diferentes plazos, puede el vendedor pedir la rescisión si el comprador deja de hacer dos pagos (1568 C). Rescindida la venta, será condenado el comprador al pago de intereses por la parte de precio que no satisfizo y á los daños y perjuicios; y el vendedor devolverá la parte de precio que hubiere recibido (259 Dec. de Ref. N. ° 272). Tendrá también el vendedor que pagar las reparaciones necesarias que el comprador hubiere hecho en la cosa y las mejoras no separables que aumenten su valor y renta; satisfaciendo por tales reparaciones y mejoras, ó el valor de los materiales y jornales, ó el de la tasación según elija el vendedor (1571 C.). Cesa el derecho del vendedor de pedir la rescisión y solo lo tiene de cobrar la deuda con intereses y gastos, si se le han pagado ya las cinco octavas partes del precio de la venta (1569 C.).

5. ° Puede pedirla el vendedor, si por razón de saneamiento estuviere obligado á pagar una cantidad que pase de la mitad del precio que recibió, pero ten-

drá que satisfacer el que tenga la cosa al tiempo de la rescisión y los gastos y perjuicios (1597 C.).

VI.

430.—Hay, fuera de los casos expresados, unos pactos especiales que suelen ponerse en el contrato de venta y producen su recisión. Son los principales: el pacto llamado de la ley comisoria: el de adición en día y el de retroventa.

431.—*El pacto de la ley comisoria*, es aquel por el cual convienen los contratantes en que si el comprador no paga el precio de la cosa hasta cierto día determinado que fijan, queda rescindida la venta (1616 C.). En virtud de él, el vendedor tiene diferente derecho, según que en ese día fijado se le haya pagado ó no más de la mitad del precio. Si se le ha pagado más de la mitad, no tiene cabida ya la rescisión, salvo pacto expreso en contrario; pero sí la acción para obligar al comprador al pago del resto, daños, perjuicios y gastos (1617 C.). Si no se ha pagado más de la mitad del precio, puede el vendedor, á su elección, pedir la rescisión del contrato, devolviendo la parte recibida del precio y exigiendo daños, perjuicios y gastos; ó demandar, con intereses y gastos, el pago del resto (1618 C.); pero elegida una de las dos acciones, no se puede hacer uso de la otra. Adoptada la de rescisión, si ha percibido el comprador algunos frutos de la cosa vendida, debe darlos al vendedor, deducidos los gastos, y tendrá que reintegrar los desperfectos sobrevenidos por su culpa.

432.—Por el *pacto de adición en día* se conviene en que si hasta cierto tiempo que se determina, hubiere

quien dé más por la cosa, la devuelve el comprador (fr. 1ª 1612 C.). Ese término no puede exceder de un año y se reduce á él aunque se haya estipulado otro mayor (fr. 2ª id.), con el objeto de que no permanezca incierta mucho tiempo la propiedad. Si dentro del año ó del término menor que se haya designado, se presenta persona que en algún concepto ofrezca más por la cosa, no siendo por razón de las mejoras ó aumentos posteriores, debe manifestársele al comprador porque éste tiene derecho de retenerla dando lo que el otro ofrece por ella (1613 C.). Si no le conviniere, se deshace la primera venta, y devuelve el comprador la cosa que recibió, con los frutos producidos y deduciéndose los gastos. Mas si se prueba colusión para el ofrecimiento de mayor precio entre el vendedor y el que lo ofrece, no está obligado el comprador á devolver la cosa (1615 C.). Si se rescinde la venta por ofrecimiento de mayor precio, han de pagarse al comprador las mejoras que él hubiere hecho en ella, y el aumento de valor que ésta haya recibido por el transcurso del tiempo (1614 C.) Cuando existe este pacto, el comprador aunque disfruta de la cosa como dueño, no puede enajenarla ni gravarla sino con las limitaciones de su derecho hasta que pase el tiempo convenido; pero después de él, sin necesidad de nueva tradición, adquiere todos los derechos de un modo absoluto (2021 C.).

433.—En la legislación española, se conocía también para rescindir la venta celebrada, el retracto ó sea el derecho que á algunos competía de adquirir para sí, en los mismos términos, la cosa comprada por otro, rescindiendo este contrato. Lo había por diversos motivos: por razón de parentesco, y era el retracto gentilicio: por razón de comunidad de bienes; y de los dominios directo y útil. Hoy no se reconoce retracto de ninguna especie, porque se le mira como un grave obs-

táculo para la libertad y seguridad en la trasmisión del dominio y como un semillero de pleitos. Mas si no hay ya retracto, sí se reconoce el tanteo, ó sea el derecho de comprar preferentemente por el tanto, al tiempo de la celebración del contrato, la cosa que se vende.

434.—Como casos de él, los coherederos son preferidos por el tanto en la compra de la parte heredada que á otro coheredero hace un extraño: aquel debe avisarles, y ellos tienen tres días contados desde el aviso, para usar del derecho (1069 y 1070 C.).

En el pacto de adición en día, el primer comprador tiene derecho de retener la cosa dando la cantidad que otro cualquiera ofrece. (1613 C.).

En el juicio ejecutivo, si se abre el remate, el subastador tiene el derecho de preferencia por el tanto. (997 C. pr.).

También lo tiene el ejecutado para salvar sus bienes, pagando la deuda y gastos, mientras no se haya aprobado el remate (229 Dec. de Ref. N.º 273).

En lo mercantil, todo copropietario de una nave tiene derecho de vender á un tercero su parte, pero los copartícipes pueden dentro de tres días ejercer el derecho de tanteo ó retracto, consignando en el acto el precio, salvo el caso de estipulación en contrario (738 C. Com.).

435.—La *retroventa*, que ya existía en la legislación romana y española, y que también se llama *retrovendición*, *pacto de retrovendendo*, y *retracto convencional*, es un *pacto accesorio al contrato de venta, por el cual se reserva el vendedor la facultad de recobrar la cosa vendida, devolviendo el precio* (1619 C. C.). Las ventas á las cuales se agrega ese pacto se llaman *venta al quitar ó á carta de gracia*, por considerarse tal la que hacía el vendedor en no recobrar la cosa: el ejercicio por parte del vendedor, se llama *redención* ó

rescate. La ley lo admite con el objeto de que el propietario que se ve en la necesidad de deshacerse de una cosa, pero tiene esperanza de conseguir pronto recursos para rescatarla, no quede enteramente privado del derecho de recobrarla; mas como al propio tiempo, no es conveniente que esté inseguro el dominio; y como por otra parte, si se ejercitara el derecho después de un plazo largo, los gastos y las mejoras hechas en la cosa darían lugar á más difíciles complicaciones de intereses, está establecido que no se pueda estipular la retroventa por tiempo que pase de un año (1622 C. C.); y aunque se haya fijado un plazo mayor, de hecho queda reducido, por ministerio de la ley, á un año; de suerte que pasado éste, ya no puede hacerse uso de él. Puede sí estipularse un plazo menor del año y entonces, transcurrido aquel, se acaba igualmente el derecho y queda la cosa en el dominio absoluto del comprador sin ninguna restricción (1623 C. C.), y sin necesidad de requerimiento al vendedor, pues la acción de éste, pasado el tiempo, se extingue de pleno derecho como sucede en la prescripción de acciones. Puede ejercitarse el derecho no solo al vencer el plazo sino en cualquier tiempo, dentro de él: puede cederlo ó enajenarlo el vendedor, como los demás derechos que forman su patrimonio, salvo cuando aparezca que se quiso limitar á él solo y á sus herederos; y puede recaer sobre cosas muebles y sobre raíces; si bien es indudable que sería más propio restringirlo á estas últimas. Así se dispone en el Código de México, tanto porque en muebles es más bien una prenda disfrazada, cuanto por los abusos á que se presta y porque la facilidad con que las cosas muebles se pierden ó deterioran, hace muy difícil la devolución.

436.—Mediante la retroventa, la primera venta se tiene como si no hubiera existido, y así es impropio

el nombre de pacto de retroventa, pues lo que hay propiamente es la supresión ó resolución de la primera y no una venta nueva; ó lo que es lo mismo, la primera se tiene como ejecutada con una condición resolutoria, y el comprador no adquiere más que una propiedad resoluble que perderá si el vendedor, en la forma legal, rescata la cosa. La retroventa debe pactarse con el mismo contrato primitivo, porque, de lo contrario, sería claramente una nueva venta, ó por lo menos promesa de ella, que no podría perjudicar los derechos adquiridos por un tercero en el tiempo intermedio.

437.—Estipulado un plazo más corto que el legal, de cuatro meses por ejemplo, no puede extenderse mediante pacto nuevo, áun cuando sea quedando dentro del límite del legal, porque como eso equivaldría á hacer el pacto con tiempo intermedio desde la primera venta, lo que habría era una segunda. El plazo, sea el convencional ó el legal, corre contra cualquiera persona, aunque sea menor de edad (1625 C. C.).

438.—Para que se verifique la retroventa, es indispensable que el vendedor restituya al comprador, sin intereses porque éste ha tenido los frutos, no solo el precio sino también las costas ó gastos del contrato, y el importe de las reparaciones necesarias y de las mejoras que hubiere hecho en la cosa, á menos que hayan pactado lo contrario (1620 C. C.), pues el vendedor no debe enriquecerse á costa del comprador que fue poseedor de buena fé, porque ni áun sabía si el otro usaría ó nó de su derecho; y entretanto, ha gozado del carácter de dueño en toda su plenitud (1626 C. C.).

439.—El precio que ha de restituirse es el que pagó el comprador, sea mayor ó menor que el actual de la cosa al tiempo de la retroventa, salvo pacto en contrario. Si es mayor, no se perjudica el vendedor que no

quiera usar del derecho de rescate; y si es menor, es una circunstancia independiente de ambos. Los gastos son los de escritura, registro y demás accesorios indispensables para la celebración y ejecución del contrato. En los gastos necesarios no entran los ordinarios ó hechos para la simple conservación de la cosa, porque son cargas naturales del goce de la misma. Parece que éste ha de ser uno de los casos en que se dé al comprador el derecho de retención; y que, así como el vendedor tiene que hacer ciertos pagos, el comprador tendrá que indemnizarle por los deterioros de la cosa causados por su culpa; y principalmente, si han procedido de no hacerse los gastos de conservación.

440.—La cosa debe devolverse con los aumentos que haya tenido por aluvión y con derecho á los tesoros que en ella se encuentren. No debe decirse lo mismo de las porciones que el comprador le hubiera agregado por otros títulos. En cuanto á los frutos, la regla del usufructo de que cada cual toma los frutos que se perciben durante su goce, de modo que uno lleve todos los pendientes al constituirse, y otro todos los pendientes al terminarse, no es aplicable, porque en el usufructo hay igualdad para los dos, mientras que aquí, el vendedor puede hacer cesar el goce del comprador en el momento que quiera, la víspera de la cosecha, por ejemplo. Más propio parece por tanto, que los frutos pertenezcan á cada cual á prorrata de la duración de su derecho de gozar de la cosa. Si no hay pues, más que una cosecha anual, y el tiempo entre la venta y la retroventa es de seis meses, el derecho de cada uno será á la mitad, salvo convenio diferente. Y si la cosa no produce frutos, ó por su naturaleza no los ha de producir en el tiempo de la duración de la venta, el comprador no tendrá entonces ningún emolumento en compensación del interés del precio; y lo que le habría

correspondido, era establecer para la retroventa un precio mayor que el de la venta á fin de compensarse.

441.—Significando la retroventa una condición resolutoria, el comprador que vende á otro la cosa inmueble, no le transmite más que un derecho resoluble. De aquí es que el vendedor puede ejercer el derecho de rescate contra un segundo comprador, si el pacto de retroventa consta de la escritura de la primera venta, áun cuando nada se hubiese declarado en la segunda (1624 C. C.) Lo primero es indispensable porque por ese título que debe estar inscrito y que el nuevo comprador ha de haber cuidado de examinar, se enteró ó debió enterarse de la condición á que estaba sujeto; y si no lo hizo, fué culpa suya. Lo otro no se requiere porque es acto en que el primer vendedor no interviene, y que por lo mismo, no ha de perjudicarle, De todos modos, el primer vendedor ha de abonar al segundo comprador lo mismo que abonaría al primero si la cosa estuviera en poder de éste. Si él vendió al primero en ciento; y éste en doscientos al segundo, ciento será lo que tenga que darle, pues de otra suerte por hecho ajeno se agravaría su obligación. Si él vendió al primero en doscientos, y éste al segundo en ciento, los doscientos restituirá, porque se entiende que se vendieron al último todos los derechos relativos á la cosa ó provenientes de ella. Si se engañó al segundo comprador ocultándole el pacto, tendrá contra el primero acción por los daños y perjuicios: si lo sabía, solo por el precio.

442.—Como aunque haya condición resolutoria, siempre hay verdadera venta y el comprador es dueño y puede hipotecar mientras no llega aquella, el pacto no impide que el comprador ejerza todos los derechos anexos al dominio y posesión (1626 C. C.). En consecuencia, correrá la prescripción á su favor, tanto con-

tra el verdadero propietario, si hubiera sido vendida la cosa por el que no lo era, como contra cualesquiera otros que pudieran tener sobre ella servidumbre, hipoteca ú otro derecho.

443.– Lo que sí hay que notar es que si se hace uso de la retroventa, la cosa vuelve al vendedor, libre de los gravámenes impuestos por el comprador (1621 C.C.), pues quedan sujetos á la misma resolución que su dominio, y hay que establecer un principio general como el que rige para la hipoteca, de que quien la constituye sobre cosa en que tenga un derecho eventual, limitado ó sujeto á condiciones suspensivas, rescisorias ó resolutorias, no se entiende que lo hace sino con las condiciones ó limitaciones á que está sujeto su derecho, aunque así no se exprese (2061 C. C.). Por tanto, para que una servidumbre ó hipoteca subsista, áun hecha la retroventa, es indispensable que también el vendedor haya prestado su consentimiento en ese concepto, porque si el comprador solo pudiera imponer en la cosa gravámenes permanentes, estaría en su mano hasta hacer imposible la retroventa.

444.—En cuanto á los arrendamientos pactados con el comprador, el vendedor no tiene que pasar por ellos. En algunos códigos, como el español y el francés, se sostienen los hechos de buena fé y según la costumbre, por el interés de la agricultura y porque hay arriendos que solo se hacen por períodos largos; y áun el vendedor tiene interés en hallar su finca tan bien arrendada como él la habría puesto. En otros, como en el de México, y parece lo más propio, no se reconoce arrendamiento por tiempo que execeda del que hay para el ejercicio del pacto.

445.—Para que se tenga por hecha la retroventa, no se necesita acción judicial: basta la declaración hecha al comprador, de la intención de recobrar la cosa pa-

gando lo que corresponda. Lo más seguro será sí que se haga constar de una manera auténtica, ó que se haga consignación en forma, ó protesta ante notario ó ante la autoridad judicial; atendiendo á la cantidad de que se trate para la manera en que proceda.

446.—Cuando la cosa vendida es divisible y como tal se ha vendido, bien por actos diferentes, bien por diversos precios y estipulaciones, el derecho para la retroventa es divisible también, porque hay varios contratos, así es que el dueño que vendió separadamente su parte, puede usar de su derecho independientemente de los demás (1628 C. C.); pero si se ha vendido conjuntamente, con pacto de retroventa, una cosa común, los vendedores y los herederos del que ha vendido algo con la misma condición, no pueden usar de su derecho separadamente sino todos juntos (1627 C. C.), de suerte que no será ni cada cual por su parte. Procede esto de que el comprador ha debido contar con poseerlo todo ó devolverlo todo, y con que no habría ese fraccionamiento ó posesión parcial contra su voluntad. Los herederos suceden en el derecho del causante; y así como éste tenía que hacerlo por el todo, lo mismo ellos.

447.—A la inversa, y por razón análoga, muerto el comprador no se podrá ejercer el derecho á la retroventa sino contra todos los herederos, mientras la cosa sujeta á ese pacto se conserve indivisa. Verificada la partición, se ejerce el derecho respecto de aquel ó aquellos á quienes se haya adjudicado, porque la acción sigue á la cosa como cuando se enajena; pero no se podrá usar del derecho sino sobre toda la cosa sujeta á retroventa (1629 C.).

448.—Cuando no son varios los vendedores sino los compradores, si no han adquirido conjuntamente sino que á cada uno se ha vendido parte distinta por precio distinto, el vendedor no puede dirigirse contra cada

cual más que por su parte, pero puede hacerlo sí contra el que le parezca. Si son conjuntos y el inmueble se adquirió para conservarse en común, pueden exigir retracto total; mas si fué para dividirse, hayan ó no dividido, ninguno puede oponerse al retracto parcial.

449.—Si el comprador, con pacto de retroventa, de una parte indivisa de una finca, ha obtenido la totalidad de ella en subasta ó licitación contra él provocada, puede obligar al vendedor á redimir el todo, si éste quiere hacer uso de la retroventa, porque el comprador se ha visto forzado á adquirir la parte del otro, como propietario de la que ya había comprado. Si se le quita la primera, no tiene ó puede no tener interés en conservar la otra, y además habría el inconveniente de volver á la comunidad, de la que se había salido por la subasta. Si el comprador la hubiera provocado, podría el vendedor retraer solo la parte vendida, porque si adquirió la otra fué solo porque quiso.

VII.

450.—*Subasta* ó *licitación* es la *venta pública* de una cosa mueble ó raíz de modo que pueda haber concurrencia de postores y con el objeto de que quede al que ofrezca por ella mayor cantidad. Puede ser voluntaria, cuando el dueño de una cosa, que puede disponer de ella sin restricciones, quiere dar publicidad á su enajenación, lo mismo que podría hacerla en privado. Y es necesaria ó legal, cuando está ordenada por ley de suerte que no hay libertad de vender privadamente. La ley la establece en los casos en que hay algún interés social en que la venta quede á cubierto de todo manejo indebido; y en que es preciso promover lo mejor para las personas á quienes pertenece en todo ó en

parte; pues claro está que, publicándose la venta y admitiéndose competencia entre los que se propongan comprar, se obtendrá mejor precio, al mismo tiempo que se quita toda sospecha de que el vendedor sea perjudicado.

451. —La subasta puede ser judicial y extrajudicial. Es *judicial* la que se hace con intervención de autoridad judicial; y *extrajudicial* aquella en que dicha autoridad no interviene. Esta última solamente se anuncia al público, y se hace con la mediación de un notario, ó solo de testigos cuando no se necesite que conste el acto en escritura pública. En la subasta judicial son admitidos como postores, todos, sean interesados ó extraños: en la extrajudicial, algunas veces tienen que ser admitidos los extraños: en otras, puede pasar solo entre los interesados.

452.—Debe hacerse subasta pública y judicial:

En la venta de bienes inmuebles ó alhajas preciosas de menores ó ausentes, sea que les pertenezcan á ellos exclusivamente ó en parte; es decir, siempre que estén interesados en ellos (376, 1041 y fr. 2.ª 1631 C. C., 1382, 1709, 1725 y 1726 C. pr. C. y 10 Dec. de Ref. N.° 272).

En la venta que se hace en virtud de ejecución (220 Dec. de Ref. N.° 273.).

En la venta que el depositario de un concurso haga de las especies pertenecientes á éste, que no esten sujetas á corrupción ni causen gastos para su conservación (2.° 1417 C. pr.).

En la venta de inmuebles pertenecientes á corporaciones ó personalidades jurídicas y establecimientos públicos (1527 C. C. 1715 C. pr.).

En la venta de la prenda, cuando la ordena el juez por haberse vencido el plazo convencional ó legal sin pagarse la deuda (2005, 2006 C. C.).

Siempre que, siendo una cosa común á muchos y no pudiendo dividirse cómodamente y sin pérdida, ó habiendo en una partición de bienes algunos que son rehusados por todos los partícipes, alguno de ellos pide que la venta se haga así, pues como dueño tiene derecho de exigirlo (1041 y 1631 C. C. y 1730 C. pr.). Si se duda si la cosa puede dividirse cómodamente y sin pérdida, constituye eso un punto de hecho que ha de ser decidido previamente por el juez C. C.).

453.—Debe hacerse subasta pública, auuque no sea judicial, pero sí admitiendo postores extraños:

Si una cosa común á muchas no puede dividirse cómodamente y sin pérdida ó en una partición hay algunos bienes que todos rehusan; y no habiendo necesidad de que la subasta sea judicial, alguno la pide con esas condiciones (1041 y fr. 1.ª 1631 C. C.); y el precio se dividirá entre los copropietarios.

En la venta de mostrencos (1802 C. pr.).

454.—Ha de haber subasta pública ó licitación, pero sin necesidad de que se admitan postores extraños:

Siempre que entre los herederos ó comuneros de una cosa que no admite división cómoda, se conviene en ello, y no hay interesado ningún menor ó ausente (1041 y fr. 1.ª 1631) C. C.).

Cuando varios herederos mayores pretenden una misma cosa de las hereditarias (1047 C. C.).

455.—Para que haya necesidad de subasta de la cosa común que no admite división cómoda cuando todos los partícipes ó interesados son mayores, es preciso que alguno de éstos la pida, pues bien pueden convenir en que la venta se haga privadamente, y verificarla en ese concepto.

456.—Aunque la subasta es generalmente venta y por eso se trata de ella en este lugar, no lo es con toda propiedad sino cuando la cosa queda en un ex-

traño y no en uno de los partícipes. Quedando en uno de éstos, constituye una partición cuyo efecto es más bien declarar la propiedad. Por lo demás, para que propiamente haya licitación y se constituya partición, se requiere que la indivisión cese por completo entre todos los copropietarios, pues si solo se reunieran en uno algunas de las porciones, dejando subsistente la indivisión con los demás, solo habría venta de la parte de ellos.

457.—Respecto de bienes y rentas nacionales, la ley establece que se proceda conforme á lo que determinan las disposiciones de hacienda (1645 C. C.). Según éstas, cuando se trata de inmuebles, después de la declaración del Poder Ejecutivo de haber lugar á la venta, es indispensable, entre otras cosas, que la venta se haga en asta pública por la autoridad ó funcionario á cuya administración corresponda el inmueble que se trata de vender, ó por quien comisione al efecto el secretario de Hacienda (inciso 1. ° 1439 Código Fiscal); y el remate, previo valúo y anuncio en los periódicos por treinta días y por carteles y pregones, se verificará en el lugar día y hora que se hayan señalado, con asistencia de un notario ó del secretario de la oficina encargada de efectuar la venta (1440 id). También la venta de muebles y semovientes de propiedad nacional ha de hacerse en pública subasta (1. ° 1469 id).

458.—La enajenación de baldíos se hace igualmente en asta pública, por regla general (614 id.), salvo el caso de adjudicaciones gratuitas en las condiciones que las autoriza la ley. Acerca de los baldíos situados en la Costa Cuca y el Palmar, estaba prevenido que se enajenaran en asta pública, por la base de quinientos pesos caballería, pero si el denunciante justificaba haber poseído el terreno denunciado con dos años de ante-

rioridad á la ley, debía adjudicársele por la misma base la parte inculta y por doscientos pesos caballería la parte sembrada de café, cacao ó sacatón (Acuerdos de 22 de Julio de 1873 y 13 de Mayo 1874.). Respecto de los baldíos nombrados "Chubá" y "Saquichillá," está dispuesto por acuerdo de 18 de Febrero de 1878 que se adjudiquen á razón de veinte pesos caballería á las personas que poseyeren lotes medidos y acotados.

459.—No es necesario que la enajenación de baldíos se haga en asta pública, si se solicitan para crianza de ganado vacuno, ó para siembra de zarzaparrilla, cacao, hule, trigo, banana ó henequén (Decretos de 22 de Agosto y 26 de Octubre de 1878 y de 8 de Marzo de 1879. Acuerdos de 21 de Febrero, 24 de Abril y 27 de Agosto de 1880.

460.—En cuanto á ejidos y terrenos comunales, la venta debe verificarse en asta pública con arreglo al art. 13 del Dec. de 8 de Enero de 1877, salvo los terrenos que en esa fecha estaban acensuados ó poseídos de hecho, pues los primeros se adquieren por la redención, y los otros, valuados previamente por expertos.

VIII.

461.—En otro lugar se ha tratado ya de lo que es común á la promesa en general, respecto de cualquier contrato. Corresponde hacer mención aquí de lo que es especial á la promesa relativamente á la compra.

462.—Promesa de venta es el compromiso de una persona á favor de otra que lo acepta, de venderle alguna cosa. El efecto que produce es el de poder obligar al que prometió, á que efectúe la venta: es de-

cir, nace de ella una acción personal en virtud de la cual puede compelerse al dueño á que realice la venta y otorgue el título del caso. Son cosas diferentes pues, la venta y la promesa de venta: ésta no transfiere el dominio de la cosa que se promete vender; y en consecuencia, el riesgo y el provecho de ella siguen correspondiendo á su dueño primitivo (1503 C. C.). Es indispensable, como en toda promesa, para que surta efectos validos, la aceptación de la persona á quien se promete, porque el concurso de sus voluntades es lo que determina el contrato.

463.—En la promesa de venta, hay que designar el tiempo dentro del cual la venta ha de verificarse (fr. 1ª 1507 C.). Si hay plazo convencional, ese se respeta con tal que no exeda de tres años si se trata de cosas inmuebles ó derechos sobre ellas; y de un año, si se trata de muebles (fr. 2ª 1507 C. C.). Con motivo de esta restricción, si el plazo fijado excede de los mencionados, que constituyen un plazo legal; ó si en el contrato no se designó ninguno, se entiende fijado el que la ley determina, así es que en caso de que haya exceso, se reduce á los términos permitidos. La razón que hay para señalar esos términos es la de evitar la incertidumbre acerca del dominio definitivo de las cosas y el temor de que se descuide por mucho tiempo, con perjuicio de los intereses generales económicos y en particular de la agricultura, aquella que se sabe que habrá de venderse al fin.

464.—Vencido el plazo convencional, ó en su caso el legal, hay derecho de pedir que se realice la venta; y de no hacerse voluntariamente, puede acudirse á la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de la promesa (1508 C.). Si, vencido ese plazo, no se ha verificado la venta ni se ha exigido judicialmente, quedan los contratantes libres en adelante de toda

obligación. Los términos de la ley hacen entender claramente que el simple transcurso del plazo, sin necesidad de otro término de prescripción, desliga de las obligaciones de efectuar la promesa; de suerte que en cuanto esté vencido, puede cualquiera de las partes pedir que que así se declare. Si hubo arras, las devolverá el que las recibió.

465.—En la promesa de venta, lo mismo que en cualquiera otra promesa, el contrato queda perfecto desde que la otra parte la acepta. En el tiempo que media entre la promesa y la aceptación, el promitente puede arrepentirse, salvo que al hacerla se hubiera comprometido á esperar contestación y aguardar hasta cierto y determinado plazo (199 C. Com.).

IX.

466.—Venta es también la que se conoce con el nombre de *cesión de derechos* ó *traslación de créditos*, siempre que el vendedor, que en este caso se llama *cedente*, recibe del comprador que se llama *cesionario*, precio ó equivalente por la cesión. En virtud de ella, el que tiene un crédito ó derecho contra una persona, traspasa en otra, mediante cierto precio, todas las acciones á él y el derecho de exigirlo del deudor.

467.—En la venta ó cesión de un crédito van comprendidos sus accesorios, como la hipoteca y el privilegio de que goce (1635 C.), sin necesidad de que se exprese (1344 C.), á no ser que en otra cosa se convenga. Respecto de la fianza, tratando el Código de la traslación de créditos, dice que va comprendida en la cesión; pero parece que esto ha de entenderse en el concepto de que el fiador consienta; pues de lo contrario, debe-

ría prevalecer el principio general que en otra parte se establece de que por cualquiera novación en el contrato principal, sin el expreso consentimiento del fiador, se extingue la obligación de éste (2246 C.).

468.—Entre el cedente y el cesionario la traslación queda consumada, según la ley, con la entrega que al último hace el primero del título en que consta su derecho; ó en falta de éste, con el otorgamiento de nuevo título por el cedente y la admisión del cesionario (1632 C.). Lo último no ofrece dificultad porque desde luego se entiende que el que es acreedor de alguno por diez mil pesos, si extiende á favor de otro una escritura en que le cede el crédito, transfiere y hace constar legalmente que transfirió su derecho; y es de suponer que al otorgarla, le entrega, como entrega todo vendedor, los títulos ó documentos en virtud de los cuales es dueño de aquello que vende. No sucede lo mismo respecto del otro medio, pues el existir un título á favor de una persona en poder de otra, no arguye que se le haya hecho traslación del crédito que representa; y ni áun queda hoy empeñada ó hipotecada una cosa, dándose en prenda sus escrituras. Además, en todos los casos en que se tratara de derechos reales ó que el valor de lo cedido pasara de quinientos pesos, en los cuales se necesita siempre documento público ó privado, no alcanzaría la simple entrega ni su justificación por otros medios.

469.—Contra el deudor y contra terceros, la cesión no produce efecto en cuanto á los derechos cedidos, sino desde que se notifica al deudor la traslación; ó éste la acepta (fr. 1.ª art. 265 Dec. 262.). En consecuencia, si antes de notificarla ó aceptarla, paga al cedente, hace buen pago (1634 C. C.); y de la misma manera, podría transigir con él ó celebrar cualquier otro convenio y el cesionario no tendría acción para recla-

mar contra él. Por esa misma razón, si el cedente ha cedido á varios una misma acción ó derecho, el deudor solo reconocerá como acreedor al que primero le haga la notificación, áun cuando su cesión sea posterior. Y por la misma, antes de dicha notificación, los acreedores del cedente podrán embargar legítimamente el crédito ó derecho cedido pues hasta que no se verifica aquella, el deudor no está obligado para con otra persona que no sea el acreedor primitivo.

470.—Consecuencia de lo dicho es también que el deudor que no aceptó la cesión que le fué notificada, pueda oponer al cesionario compensación por todos los créditos que, antes de que lo fuera, haya adquirido contra el cedente; y que, si por el contrario, la aceptó, ó convino en que el acreedor cediera, no pueda oponer tales créditos en compensación (342 Dec. 272). Y esto explica uno de los motivos de la necesidad de la notificación ó aceptación, pues no se puede, por el hecho de un tercero, privar á otro de derechos que legítimamente le corresponden. Se exceptúa el caso en que en el instrumento del crédito haya expresado el deudor su consentimiento para que el acreedor cediera, ya que entonces debe estar á todas las consecuencias de aquello en que convino; y se exceptúan también las letras de cambio, pagarés á la orden, acciones al portador y otras especies de transmisión comercial que, en todo lo relativo á su traspaso, se rigen por las disposiciones del Código de Comercio (1643 C.).

471.—La notificación se hace por medio de la autoridad judicial competente, bien por solicitud especial para ese efecto, ó bien por la demanda que ante la misma se interpone. Puede hacerse también por medio de un acto notariado en que el que lo autoriza da fé de haber hecho saber la cesión al deudor, pues el objeto es que de una manera auténtica conste que se

verificó. La aceptación puede ser expresa ó tácita; y se tendrá como tal el haber comenzado á pagar al cesionario el crédito cedido; así como es notificación la contestación del pleito promovido por el cedente, y más propiamente, la notificación misma de la demanda (fr. 2ª art. 265 Dec. 272.).

472.—Obligación del cedente, además de la de entregar los títulos que acrediten su derecho, es la de sanear el crédito ó derecho incorporal que ha traspasado. Esa obligación, como condición natural del contrato, existe aunque no se haya estipulado expresamente (1636 C.). Comprende la seguridad de la existencia ó certeza del crédito al tiempo de hacerse la enajenación; de manera que si resultara que el cedente no era tal acreedor, debería restituir lo recibido. No se extiende sin embargo, á responder de la solvencia del deudor, es decir, de que podrá cobrarse de él, á no ser que expresamente se haya obligado á eso el cedente. En caso de haber contraído semejante obligación, solo se hará efectiva hasta la cantidad que se recibió como precio, y no por todo el importe del crédito cedido, en caso de que haya diferencia; y se entenderá limitada á responder de la solvencia del deudor en el tiempo de la traslación del crédito, siempre que no haya otro convenio diverso (1638 C.). Cabe pues, convenio que establezca que responde el cedente de la solvencia del deudor en el tiempo en que sea exigible la deuda. Y si el cesionario no hubiera reclamado el crédito al hacerse exigible y después hubiera ocurrido la insolvencia del deudor, ya nada podría reclamar del cedente porque la pérdida procedería de su negligencia ó morosidad.

473.—Por regla general, todos los que tienen capacidad para contratar pueden ceder y aceptar una cesión, en las mismas condiciones que contratan. Pero el

tutor no puede aceptar para sí mismo, á título gratuito ú oneroso, la cesión de ningún derecho ó crédito contra el menor; y solo podrá adquirirlos por herencia (378 C. C.).

474.—No pueden cederse los derechos que son puramente personales, pero sí los derechos litigiosos haciendo saber al comprador esa circunstancia (1513 C.).

475.—La venta ó cesión de un derecho hereditario tiene algunas particularidades y son las siguientes:

1. ª Si la venta se hubiere hecho sin especificar por menor en lo que consiste la herencia, el cedente solo estará obligado á sanear la calidad de heredero; de suerte que su responsabilidad se limita al caso de que no sea tal y entonces tendrá que devolver lo que recibió en ese falso concepto (1639 C.). Mas si se hubieran determinado las cosas ó valores en que la herencia consistía, sería responsable también por su importe.

2. ª En la venta de una herencia no se comprende lo que se deba al cedente no como heredero sino como acreedor, por ser un título diferente. Puede sin embargo, convenirse en otra cosa; y entonces, se estará á lo pactado (1642 C. C.).

3. ª El vendedor de un derecho hereditario que se hubiere aprovechado de alguna cosa de la herencia, está obligado á pagarla al comprador, si no se la reservó expresamente en el contrato de venta (1640 C. C.), porque en la venta de la herencia se incluye todo y por tanto, debe indemnizarse lo que se haya tomado sin especial advertencia.

4. ª El comprador ha de satisfacer al vendedor de la herencia, las deudas y cargas que en razón de ella hubiere pagado, salvo convención contraria (1641 C. C.). Y es porque como constituyen la herencia los beneficios tanto como los gravámenes, el que acepta la cesión de ella acepta los unos y los otros; y

si no quedaron excluidos los gravámenes, se entiende que pesan sobre aquel que lleva los beneficios.

476.—Además de la cesión de que se ha tratado y puede llamarse *voluntaria*, hay otra que puede llamarse *legal* y ocurre cuando respecto de ella hay disposición especial de la ley. Se encuentran en este caso: 1. ○ El heredero beneficiario que pague de su propio dinero deudas de la herencia. 2. ○ El acreedor que paga á otro que, por razón de privilegio ó hipoteca, tiene preferencia sobre él por ser de mejor derecho. 3. ○ El que paga una deuda á que se halla obligado solidaria y subsidiariamente. Estos casos son de subrogación.

477.—*Necesaria ó forzosa* es la cesión de los derechos de una persona cuando van comprendidos entre los bienes que abandona á favor de sus acreedores por no poder pagar sus deudas; ó cuando se declara formado el concurso necesario.

TITULO DECIMO CUARTO.

DE LA LOCACION-CONDUCCION Ó ARRENDAMIENTO.

478.—La *locación-conducción* ó *arrendamiento* es uno de los contratos más usuales y al mismo tiempo más importantes, porque hace accesible á todas las clases sociales el goce de la propiedad territorial, y promueve así la distribución de la riqueza y la división del cultivo. Va á tratarse de ese contrato explicando en el primer párrafo, 1. ○ su definición y especies que hay de él; 2. ○ su naturaleza y la forma en que se celebra; 3. ○ las personas que puedan dar y tomar bie-

nes en arrendamiento; 4. ○ las cosas que son materia de él; 5. ○ la renta y los casos en que hay lugar á rebaja; 6. ○ las reglas particulares á los arrendamientos de fincas rústicas; 7. ○ las reglas particulares correspondientes á las urbanas; 8. ○ el término general del arrendamiento; 9. ○ los derechos del locador; 10. ○ sus obligaciones; 11. ○ los derechos del conductor; 12. ○ sus obligaciones; 13. ○ los modos porque se rescinde; 14. ○ los modos como se acaba. En el segundo párrafo se tratará de la locación de servicios y 1. ○ del servicio personal, 2. ○ de los porteadores y 3. ○ de los operarios.

PARRAFO PRIMERO.

I.

479.—La locación-conducción es *un contrato bilateral consensual por el que una persona cede á otra el uso de alguna cosa, ó se obliga á prestarle su servicio ó trabajo personal, ó se compromete á la construcción de ciertas obras, durante cierto tiempo*, y *por una renta convenida* (1663 C.). Es indispensable pues, que haya consentimiento mutuo: que se dé el uso de una cosa ó los servicios ó industria de una persona, y que se pague por éstos alguna renta. A diferencia de la venta, no transfiere el dominio ni la verdadera posesión, sino la tenencia y uso de la cosa, y no es perpetuo como aquella.

480.—La palabra arrendamiento ó *locación* es genérica, ya sola, ya con la de *conducción;* pero se denomina propiamente *arrendamiento* la locación de bienes inmuebles; *alquiler* la de casas de habitación y la de

muebles destinados al ornato urbano (1664 C.); *fletamento*, el de embarcaciones; *ajuste ó contrato de obra*, el de la construcción de edificios; y al de los sirvientes, porteadores y jornaleros, *locación de servicios*.

481.—La palabra *arrendar* se refiere tanto al que da como al que recibe en arrendamiento; y aunque en el uso común pasa lo mismo con arrendador y arrendatario, la ley denomina *locador* al que concede el uso de la cosa, y *conductor* ó *arrendatario* al que la recibe (1666 C.). Más especialmente se llama *inquilino* al que toma en alquiler casas de habitación, *colono* al arrendatario de predios rústicos; *alquilador* al que da en arrendamiento cosas muebles; *fletante* al que cede el uso de un buque y *fletador* al que lo toma; *asentista* y *empresario* al que se encarga de las rentas, ó de cierta clase de servicios diferentes de los aquí mencionados ó de la construcción de obras públicas; *jornalero* al que, por retribución presta á otro un servicio mecánico por días; *sirviente* ó *criado* al que lo hace sin intermisión en labores rurales ó en usos domésticos, y *amo* ó *señor* al que paga esos servicios.

482.—Al precio que se paga por usar de la cosa se llama *renta;* llamándose *jornal* al que se paga diariamente por el trabajo ó servicio de una persona; *salario* al precio de ese trabajo ó servicio cuando no se paga por días sino por períodos mayores; *flete* al que se da por los transportes; *alquiler* al de fincas urbanas, *arrendamiento* al de rústicas. En ninguna de esas denominaciones entran los trabajos científicos que con retribución prestan algunos en obsequio de otros, como abogados, médicos, ingenieros, y á esas recompensas se llama *honorarios*. Va á hablarse en este párrafo del arrendamiento de cosas, dejando para después el de industria.

———

II

483.—Según se dijo, el arrendamiento es contrato consensual, de suerte que se perfecciona por el mero consentimiento del locador y del conductor en la cosa que se arrienda y en la renta que ha de pagarse por usarla (1671 C.). En consecuencia, puede celebrarse entre presentes ó entre ausentes: de palabra ó por cartas; personalmente ó por medio de mandatario; y de palabra ó por escritura pública ó privada (1669 C.). Hay algunos casos sin embargo, en que es indispensable la escritura pública como lo es en la venta de raíces; y otros en que la prueba del contrato ha de ser por lo menos, de escritura privada ó confesión de partes. Así, deben pactarse en escritura pública que tiene que inscribirse en el registro de la propiedad, por el caracter real que ya revisten, los arrendamientos cuyo término de duración exceda de seis años ó en que se haya anticipado la renta de tres ó más años, según el artículo 269 del Dec. de Ref. N.° 272 que reemplazó el 1669 del Código para poner la disposición de acuerdo con la del inciso 5. ° artículo 2065 del mismo Código. Y solo pueden probarse por escritura pública ó privada ó por confesión de parte de aquellos en que la renta anual pasa de quinientos pesos (1669 C.). lo cual está conforme así con el principio general respecto de prueba en contratos cuyo valor excede de quinientos pesos (234 Dec. N.° 272.).

484.—Siendo consensual el contrato, se deduce 1. ° que los contratantes son libres para pactar todo lo relativo á su duración y á las demás calidades y circunstancias del contrato; y se cumplirá la locación conforme á ese pacto (1674 C.). En oposición á este princi-

pio estaba la disposición que establecía que debía tenerse por no hecho, en cuanto excediera de diez años, cualquier arrendamiento á que se diera una duración mayor de ese término, y por esto fué suprimida en el Dec. de Ref. N.° 272 (art. 270). Las razones que se daban para justificar esa limitación eran que con ella la ley protegía los intereses del locador impidiendo que se le privara de aumentar la renta en las diversas locaciones que pudiese hacer, y veía al mismo tiempo por la utilidad del conductor que pudo haberse equivocado y se arruinaría completamente si subsistiese por tiempo muy largo: que la propiedad territorial no debe estacionarse de ningún modo, so pena de caer en los inconvenientes de la amortización; y que no se ataca el derecho de propiedad, tanto más cuanto que se puede estipular el derecho de preferencia por el tanto en las siguientes locaciones sucesivas. No hay motivo sin embargo, para que la ley intervenga en este contrato más que en cualquiera otro y restrinja la libre disposición de los contratatantes que son los que han de ver por sus intereses; así es que el tiempo es enteramente libre, como lo era áun por la legislación española con la sola circunstancia de que los arrendamientos de largo tiempo estaban sujetos á pago de alcabala. Se deduce 2.° que puede concederse por pacto á un arrendatario el derecho de ser preferido por el tanto en la siguiente locación de la cosa (1676 C.), derecho que caducará sin embargo, si se rescinde ó acaba el contrato por culpa ó causa del conductor (fr. 1ª 1734 C.). 3.° Que si una misma cosa se ha dado en arrendamiento á dos ó más personas, tiene la preferencia el primer contratante, á no ser que debiendo inscribirse el arrendamiento, la inscripción ó presentación al registro del segundo, sea anterior (271 Dec. de Ref. N.° 272.). 4.° Que siendo contrato condicional y dependiente

de la prestación de la fianza, la locación en que el conductor se obliga á dar fianza para el pago de la renta, aunque le haya entregado la cosa el locador, puede recobrarla mientras no se preste la fianza convenida (1688 C.). Si hay en el contrato cláusulas oscuras ó dudosas sobre la duración del arrendamiento se interpretan á favor del arrendatario que no haya sido moroso en el pago de la renta (1687 C.).

III.

485.—Por regla general, todos los que son capaces de contratar, pueden dar sus bienes en arrendamiento y tomar en arrendamiento los ajenos. Pueden también dar en locación los que por ley ó pacto tengan esa facultad respecto de bienes que administren (1672 C.), pues el derecho de arrendar es más extenso que el de enajenar, como que lo tienen el usufructuario, el guardador, el marido en los bienes de su mujer.

486.—Hay sin embargo, algunas limitaciones; así es que el tutor no puede dar en arrendamiento los bienes del menor por más de cinco años, si no es por necesidad ó utilidad y con autorización judicial; siendo nula además toda anticipación de rentas ó alquileres por más de dos años (380 C., 1729 C. pr. y 114 Dec. de Ref. Nº 272). El usufructuario puede arrendar la cosa fructuaria ó el ejercicio de su derecho; pero el arrendamiento que celebre como tal, terminará con el usufructo (1330 C.); mas no puede el usuario (1383 C.), ni el que solo tiene derecho de habitar (1391 C.). El padre no puede dar en arrendamiento por seis años los bienes del hijo sino en la forma y con las limitaciones impuestas á los tutores (92 Dec. de Ref. N.° 272). La

mujer puede, sin consentimiento del marido, arrendar los bienes parafernales que administre (1146 C.); y éste, sin el consentimiento de ella, si se los ha entregado para que los administre (1148 C.).

487.—Hay limitaciones también por razones de moralidad y para evitar abusos que facilmente pudieran cometerse, respecto de los que pueden tomar bienes en locación ó arriendo. Así es que no pueden:

1. ° Los tutores, los bienes de sus menores, ni con licencia judicial, ni en almoneda ni fuera de ella, ni para sí ni para su mujer, hijos ó hermanos (363 y 1º 1673 C.).

2. ° Los guardadores de ausentes ó incapacitados, los bienes que están á su cuidado (2º 1673 C.).

3. ° Los mandatarios, la cosa que se les ha encomendado, á no ser con expreso consentimiento del mandante (3º 1673 C.).

4. ° El administrador, los bienes que administra (4º 1673 C.).

IV.

488.—Pueden darse en arrendamiento todas las cosas, sean muebles, inmuebles ó semovientes con tal que estén en el comercio y no se consuman con el uso (1667 C.); y áun las incorporales cuyo uso pueda transferirse, como la percepción de frutos en el usufructo. No pueden arrendarse las cosas que se consumen con el uso porque el arrendatario, concluido el término de la locación, tiene que devolver precisamente la misma cosa que recibió; pero sí pudieran arrendarse para objeto nada más de ostentación y de lujo. El uso del agua de una finca: las servidumbres reales, solo como adherentes á la misma cosa á cuyo favor están impuestas.

V.

489.—*Renta.* La renta ha de consistir en metálico, porque de otra suerte, el contrato sería uno de los innominados: doy ó hago para que des. Puede sin embargo, arrendarse una heredad pactándose que la renta se pague en frutos; y puede también designarse como renta una parte de la cosecha, pagadera en especie, tal como la tercera, la mitad ú otra mayor ó menor (1689 C.).

490.—Cuando se estipula el pago de la renta en frutos, hay que atender á si se determinó ó no el precio de éstos. Si no hubo esa determinación, se pagará la renta en especie, suba ó baje el precio de los frutos (1690 C.), porque á eso está obligado el arrendatario; si se fijó precio, ó se expresó que los frutos se valuarían al precio corriente para el pago de la renta, el arrendatario está en libertad de satisfacerla en frutos ó en dinero (fr. 1ª 1691 C.), pues con ese objeto se ha fijado el precio. Y si el arrendatario demora el pago de la renta, y entre tanto los frutos han subido ó bajado de precio, responderá del más alto que hayan tenido si prefiere pagar en dinero, ó sufrirá la baja mayor que hayan padecido los frutos, si quiere pagar con ellos (fr. 2ª 1691 C.).

491.—La renta debe pagarse en la suma estipulada; y para saber si ha de aumentarse ó disminuirse, por la mayor ó menor extensión que resulte á la heredad arrendada, hay que atender á si el arrendamiento se hizo *ad corpus*, es decir señalando una renta para el todo y por la extensión comprendida entre tales linderos, sin determinar cual; ó si se hizo *ad mensuram*, es decir, determinando la extensión de la heredad y fi-

jando renta determinada para cada medida de las que la componen, v. g. á tanto por caballería, por fanegada, por manzana ó por cuerda. Si es *ad corpus*, no se aumentará ni disminuirá durante el contrato la renta convenida porque se descubra ser mayor ó menor la extensión de la heredad (1696 C.); pero si es *ad mensuram*, se aumentará la renta por la extensión que se halle de más, ó se rebajará por la que se halle de menos durante el contrato (1697 C.).

492.—El arrendatario tiene también derecho de pedir que se rebaje la renta cuando ha habido calamidades que menoscaben la cosecha, como heladas, exceso de lluvia, falta de agua para el riego; y las cuestiones que se susciten tanto sobre el derecho á la rebaja, como sobre lo que corresponda al daño causado por esos accidentes se resuelven: 1.° Por lo que las partes hayan convenido en el contrato y 2.° En falta de convenio, se atenderá á si la pérdida ha sido ó no completa. Si fué completa, el arrendatario no está obligado á pagar cosa alguna del arriendo; y si parcial, tiene elección el arrendatario para pagar todo el arrendamiento quedándose con los frutos recogidos; ó para entregar éstos al dueño, por vía de arrendamiento, deduciendo de los mismos los gastos que hizo en las labores de la heredad correspondientes á aquel año (1692 C.). Se entiende esto si la calamidad sobreviene antes de cosechados los frutos, porque si es después cuando se pierden, ya no hay lugar á rebaja de renta, á menos que el arrendamiento haya sido á partir de frutos y el conductor no haya demorado el pago antes de que sobreviniera el daño (1695 C.).

493.—No hay derecho á ninguna rebaja de la renta: 1.° En el caso anterior, 2.° Si se dejan pasar seis meses, contados desde el día en que debía pagarse la renta correspondiente al tiempo en que se

padeció la calamidad (1693 C.). 3.° Si el arrendatario omite dar aviso del accidente al locador; ó en ausencia de éste, á su apoderado; ó en falta de uno y otro, al juez para que se reconozca desde luego el daño que motiva la rebaja; en el concepto de que el juez hará el reconocimiento con dos personas inteligentes y de notoria probidad (1694 C.). 4.° Si se renuncia el derecho á rebaja; pero hecha la renuncia sin especificación, se entiende solo de los casos fortuitos comunes.

494.—Y si la pérdida proviene de culpa ó mal cultivo del arrendatario, no habrá lugar á rebaja, y áun parece natural que tampoco lo haya cuando la cantidad recogida en otro de los años del arrendamiento ha sido tan grande que compense esa pérdida; ó si esta no es de consideración ni es raro el hecho que la produce.

VI.

495.—El término del arrendamiento de los predios es el que se haya estipulado; pero faltando estipulación, se entiende que durará lo menos, por el tiempo que el arrendatario necesita para recoger su cosecha (1677 C.), porque de otra suerte el contrato carecería de objeto para él.

496.—Los arrendamientos de heredades hechos por tiempo determinado fenecen con éste, sin necesidad de mutuo desahucio; pero si no se prefijó la duración del arrendamiento, cualquiera de las partes que se decida á terminar el contrato, lo avisará á la otra con anticipación de seis meses (1678 C.); y si se omite por ambas partes ese aviso, continúa por otro año el arrendamiento de la heredad (1679 C.). El año rural se cuen-

ta, en cada lugar y para toda clase de heredades, desde el tiempo en que, según la naturaleza del cultivo, se acostumbra recibirlas en arrendamiento (1680 C.).

VII.

497.—El arrendamiento de casas puede ser por tiempo determinado, si se fijó en el contrato el que había de durar; ó por plazo indeterminado. Si es lo último, el alquiler se reputa ser por años, si la renta se paga anualmente; por semestres, si semestralmente; y por meses, si mensualmente. Así pues, el alquiler puede terminar al fin de cada año, semestre ó mes respectivamente; pero es preciso sí que el contratante que quiere que acabe el contrato, lo avise al otro con anticipación de treinta días si el arrendamiento es anual, de quince si es semestral; y de ocho, si mensual (1681 C.). Y dado por el dueño este aviso, se concederá al inquilino, para que desocupe la casa, un término desde uno á cuatro meses, á juicio del juez, y contados desde el día del aviso. Mas como este plazo se halla introducido en favor del inquilino, tiene éste facultad de devolver la casa, cumplido el mes, el semestre ó el año en que ha de hacerse el próximo pago de la renta, áun cuando entonces no se hallare vencido todavía el término dado para desocuparla (1682 C.).

498.—Vencido ese término, ó cumplido el de su duración cuando es por tiempo determinado, se puede pedir judicialmente la desocupación; y si procediere el lanzamiento, lo decreta el juez fijando un término de quince días si se trata de habitación que ocupe el demandado ó su familia; de treinta, si se trata de establecimiento mercantil ó industrial; y de cuarenta, si de

una hacienda ó de cualquiera otra finca rústica (243: Dec. de Ref. N.° 273). Entre este artículo y el citado del Código Civil no hay oposición: éste se refiere al plazo extrajudicial en el arrendamiento por tiempo indeterminado después del aviso dado por el dueño; y aquel, al plazo judicial en la acción que se intente, después de transcurrido el legal. En el arrendamiento de duración fija, no se necesita aviso de despedida (1.° 1728 C.).

VIII.

499.—El arrendamiento de fincas rústicas ó urbanas puede, según se ha dicho, ser por tiempo indeterminado ó por término fijo; y en este último caso, puede señalarse la duración que se tenga á bien. Puede también convenirse simplemente en cierto número de años, obligatorios para ambas partes; ó en unos años forzosos y otros voluntarios: por ejemplo, se puede arrendar tal casa por cinco años, en el concepto de que, no dando por acabado el contrato, continuará por otros cinco ó menos de cinco, voluntarios, es decir, de tal naturaleza que dependa de la voluntad de los contratantes ponerles fin.

500.—En los arrendamientos que se cuentan por años forzosos y por años voluntarios, estos últimos se convierten en obligatorios, siempre que el contratante á quien se concedió el derecho de hacerlos valer, no avise al otro que finalizará el contrato cuando acaben los años forzosos (1683 C.). Así pues, para que los años voluntarios no se hagan obligatorios debe darse aviso antes de que concluyan los forzosos, y el plazo con que debe hacerse es de seis meses (1684 C.). De lo contrario, se hacen obligatorios los años volunta-

rios y una vez que empiecen á correr como tales, continúa el contrato hasta el vencimiento de todos ellos (1686 C.). Los años voluntarios pueden serlo para los dos contratantes ó para uno solo de ellos: si para uno solo, éste únicamente tiene derecho de dar el aviso; y si para ambos, basta que cualquiera de ellos dé al otro el aviso antes de seis meses de que termine el contrato para que éste concluya al acabarse los años forzosos.

501.—Hay una locación que puede llamarse tácita ó reconducción, porque se renueva por tácito consentimiento de las partes. La ley, en efecto, establece, que concluida la locación por haberse vencido el término de su duración, si pasan ocho días sin que el locador disponga de la cosa ni el conductor la devuelva, se renueva el contrato sobre las mismas bases del anterior; pero queda ya en la clase de los de duración indeterminada, y sujeto en consecuencia á las reglas de éstos.

IX.

502.—El locador tiene derecho de exigir el pago cumplido de la renta, vencido el plazo en que debe pagarse; y aunque no lo esté, puede pedir, si ha sido moroso el conductor en años anteriores, que se deposite, de los frutos, la parte que baste á satisfacerla oportunamente. Lo mismo procederá si lo solicita el fiador del arrendatario, y eso áun cuando éste no haya sido antes moroso en el pago, ni tenga el fiador otra razón que la de precaverse de un peligro (1700 C.). Mas los capitales destinados para el trabajo del fundo arrendado, no se embargarán ni rematarán para el pago de la renta mientras continúe el arrendamiento, sino

solo cuando éste se haya disuelto ó terminado (1699 C.), porque de otra suerte se le quitarían los medios de seguir trabajando.

503.—Cuando en un contrato de locación se designa por renta una cantidad menor de la que corresponde á la cosa, con el objeto de que la mejore el conductor; si éste no cumple con poner las mejoras, el locador tiene derecho de pedir la rescisión del contrato: la devolución de las cantidades que se rebajaron de la renta en consideración á las mejoras: los intereses de la suma á que estas cantidades asciendan; y la indemnización de los perjuicios que se le hubieren causado. Los mismos derechos tiene cuando de cualquier otro modo se entrega ó deja al arrendatario alguna cantidad destinada expresamente para mejoras, si éste no cumple con la obligación de hacerlas (1752 C.).

504.—Si el conductor hubiere puesto solo una parte más ó menos considerable de las mejoras á que estaba obligado, el juez resolverá, según las circunstancias, sobre la rescisión del contrato; pero siempre habrá lugar á la devolución de las cantidades que dejaron de emplearse en mejoras, al pago de sus respectivos interes y á la indemnización de los perjuicios causados (1753 C.).

X.

505.—Las obligaciones del locador son las siguientes:

1ª Entregar la cosa arrendada en el tiempo convenido y en estado de servir al objeto de la locación para que el arrendatario use de ella por el término estipulado (1704 C.). El tiempo en que ha de hacerse la entrega es el que se haya designado en el contrato; y si no lo hubiere sido, ha de verificarse inmediatamen-

te (1705 C.), á menos que el contrato sea condicional, que entonces habrá que aguardar el cumplimiento de la condición. Entregada la cosa al conductor, se presume que se hallaba en estado de servir y con todo lo necesario para el uso á que se destinó, y por tanto, si la recibe el conductor sin oposición, él es quien tiene que probar después que no estaba en esas circunstancias (1706 C.). La cosa que ha de entregarse es la misma contratada, de suerte que el arrendatario no está obligado á admitir otra equivalente que el conductor le ofrezca (1710 C.); pero si resultare que hubiera arrendado cosa ajena creyendo de buena fe que era propia, se libra de responsabilidad presentando al conductor otra equivalente (1709 C.). Si no se entregare por prohibición legal, caso fortuito ú otro motivo justo, se deshace el contrato. El dueño posee por medio del arrendatario (5º 528 C.).

2ª Manifestar al conductor los vicios ocultos que tenga la cosa arrendada (1º 1707 C.) quedando sujeto al saneamiento, de modo que si da alquiler cubas, tinajas ó vasos malos ó quebrantados y por esa causa se pierde completamente ó se deteriora el líquido echado en ellos, debe pagar todos los daños y perjuicios (1708 C.) que sufra el arrendatario, si éste no conocía esos vicios y aunque aquel los ignorara.

3ª Mantener al conductor en el uso de la cosa durante el tiempo de la locación (2º 1707 C.). Si él mismo impide el uso por sí ó por persona á quien pudiere estorbarlo, resarcirá totos los daños y perjuicios. Consecuencia de esa obligación es que aunque el locador venda, done ó enajene de otro modo la cosa arrendada por tiempo determinado, no puede el nuevo dueño negarse á mantener en el uso de ella al arrendatario que la tenga, mientras no espire el término del contrato, á no ser que en él se hubiera pactado lo contrario

(1712 C.). Tampoco puede el locador eximirse de mantener al inquilino en la casa arrendada á término fijo, aunque la necesite para sí mismo ó para sus hijos, si no se reservó esa facultad en el contrato de locación (1713 C.).

4ª Defender el uso de la cosa arrendada contra un tercero que pretenda tener ó quiera ejercer algún derecho sobre ella (3.° 1707 C.). De lo contrario, indemnizará todos la daños y perjuicios; mas si ignoraba el locador ese derecho al hacer el contrato, cumplirá con devolver lo que recibió. Y si el arrendatario sabía que era ajena la cosa arrendada y no se aseguró de la facultad con que se le daba el uso, no tendrá derecho á ninguna indemnización por falta de entrega ó por privación de ella (1711 C.).

5ª Soportar todas las pensiones reales y cargas que graviten sobre la cosa (4.° 1707 C.).

6ª Hacer en ella las reparaciones necesarios que por pacto no sean de cuenta del arrendatario (5º 1707 C.). Cuando por reparar la casa se impida al conductor que use de una parte de ella, se rebajará de la renta una cantidad proporcionada al tiempo y á la parte de que no se ha hecho uso; y si la reparación fuere total, el locador tendrá obligación de dar otra casa al inquilino por el tiempo que falte para la conclusión del arrendamiento (1714 C.).

XI.

506.—El principal de los derechos del conductor ó arrendatario es el de poder usar de la cosa ajena durante el tiempo estipulado (1663 C.).

507.—No solo puede usar él sino que tiene derecho

de subarrendar á otro el todo ó parte de la cosa, si en el contrato no se le privó de esa facultad (1701 C.). Por regla general pues, el subarrendamiento es permitido: no lo será si hay pacto expreso en contra; y si faltando á él, se subarrienda, se acaba el arrendamiento (7.° 1728 C.). Tampoco hay derecho de subarrendar, á menos que se haya concedido expresamente, en el arrendamiento celebrado á partir de frutos con el dueño (1702 C.), porque allí se escogen las circunstancias personales, y se acaba el arrendamiento si se subarrienda (8.° 1728 C.). Por el subarriendo total ó parcial no se menoscaban los derechos y obligaciones que respectivamente corresponden al locador y al arrendatario, ni se alteran tampoco las fianzas ó hipotecas que están destinadas á la seguridad del contrato (1703 C.), pues de otro modo estaría en mano del conductor empeorar la situación del locador cuando aquel es siempre el directamente responsable. Así es que el subarrendatario no está obligado al dueño sino subsidiariamente (1717 C.); pero en virtud de esa obligación subsidiaria le responderá no solo por la cantidad que adeude él por la renta del subarriendo sino también, para evitar todo fraude, de la que hubiere pagado anticipadamente sin estar vencidos los plazos prefijados en el contrato (1718 C.). Hay que advertir que la obligación del subarrendatario es solidaria con la del conductor si ellos así lo pactaron; ó si el conductor y el dueño estipularon en el contrato principal que esta clase de obligaciones resultaría en caso de subarriendo (1719 C.). Cuando están obligados solidariamente el conductor y el arrendatario, este último tiene derecho de procurar, antes ó después de haber pagado la renta del subarriendo, que el locador reciba lo que le corresponde en virtud del contrato principal (1720 C.) para que no se le exija á él. Ha de notarse que todo sub-

arrendatario á quien el dueño haga una prevención por escrito, tiene obligación de retener la cantidad que adeude al conductor, y de no pagarle ni ésta ni las rentas que después se devenguen si no es con noticia del dueño. Pero no se concede la facultad de hacer retener lo adeudado al arrendatario sino en la parte que baste para pagar lo que se debe al dueño por plazo cumplido ó próximo á cumplirse (1721 C.).

508.—También tiene derecho el arrendatario de hacer en la cosa arrendada, sin alterar su forma, todas las mejoras de que quiera gozar durante la locación (1736 C.).

509.—Las mejoras que, en general, son todo lo que se hace en un edificio ó heredad con el objeto de ponerlo en mejor estado, ó sea, de volverlo más propio para el servicio, más cómodo, ó por lo menos, más agradable, pueden ser *necesarias*, *útiles* y *de recreo* ó *adorno*. *Necesarias*, las que se hacen para impedir el deterioro ó destrucción de la cosa, como hacer refacciones á una pared que se está cayendo; *útiles*, las que no son absolutamente indispensables para la conservación de la cosa, pero si aumentan su utilidad y consiguientemente su valor ó renta, como la plantación de árboles, la formación de un acueducto para aprovechar aguas útiles; y *de recreo* ó *adorno*, las que no siendo indispensables ni útiles, contribuyen solo al mayor ornato, lucimiento ó comodidad, como jardines, pinturas, juegos de aguas & (1737 C.).

510.—Como el locador, según se ha visto, tiene obligación de hacer las reparaciones necesarias, si no las hiciere después de que privada ó judicialmente se le notifique la necesidad de verificarlas, podrá hacerlas el arrendatario, y sin que se exija otra circunstancia, le serán abonables (fr. 2.ª 1738 C.), porque la cosa ha de dársele en estado de que sirva y ha de satisfacérsele

todo lo que fue preciso gastar para que estuviera en esa condición. Estas reparaciones se pagan por mitad con las dos rentas siguientes á la época en que se hicieron, si antes no los paga el dueño (1749 C.).

511.—Respecto de todas las demás, el arrendatario solo puede exigir que se le abonen, cuando las ha puesto en virtud de convenio escrito en que, ante el juez ó privadamente, se haya obligado el dueño á pagarlas (fr. 1ª 1738 C.); de suerte que faltando el convenio, se presume que el que las pone, lo hace con el fin de aprovecharse de ellas nada más, por el tiempo que dure la locación. Para que sean abonables las mejoras no basta solo que haya convenio; es preciso además que en el contrato se especifique, al menos aproximadamente, cuáles han de ser y cuánta será la mayor cantidad que con tal objeto puede gastar el arrendatario (1739 C.); y esto con el fin de que no se gasten en ellas inconsideradamente sumas desproporcionadas que hagan ilusorio el derecho de propiedad del locador, privándole por mucho tiempo, sin deliberado conocimiento, de los productos de su propiedad.

512.—El locador puede autorizar al conductor para que invierta en mejoras de la cosa arrendada, una ó más de sus rentas (1740 C.), es decir, para que dedique el importe de los arrendamientos á mejorar la cosa arrendada. También puede autorizarle, para que fuera de ellas, gaste de sus fondos propios en mejoras, hasta la cantidad que se estipule (272 Dec. de Ref. N.° 272). En estos términos se reformó el artículo 1741 del Código, según el cual la autorización solo podía extenderse á gastar en mejoras hasta una cantidad igual á la que la cosa arrendada produjese de renta en tres años; y el motivo de la reforma fué que con la disposición, tal como estaba, se restringía el ejercicio del derecho de propiedad, conforme al cual el dueño

ha de quedar completamente libre para fijar una suma mayor que pueda invertirse en mejoras. Enhorabuena que no se gaste ni tenga que abonar más de la cantidad en que haya convenido y que ha autorizado; mas no por eso ha de privársele de la facultad de autorizar para que se gaste la cantidad que le parezca.

513.—Por idéntico motivo se suprimió el artículo 1742 del Código, según el cual no se concedía al arrendatario ninguna acción civil por lo que se le adeudara al fin de la locación, proveniente de gastos ó mejoras, en la parte excedente de tres rentas anuales de la cosa arrendada; y se declaraba nula cualquiera obligación otorgada en contrario. Así pues, el principio que hoy domina en esta materia es que las mejoras son abonables al arrendatario, sea cual fuere su importe, siempre que haya habido convenio legal para hacerlas y se haya especificado en éste cuáles eran ellas y cuál era aproximadamente la suma que se había de invertir.

514.—Las mejoras que sean abonables por haberse puesto conforme á lo convenido legalmente entre el dueño y el arrendatario, serán pagadas en cantidad, tiempo y forma, según el mismo convenio (fr. 1ª 1748 C.), ya que la voluntad de las partes es la primera ley en los contratos. No estando fijada la cantidad, hay que hacer tasación de lo que valen las mejoras y para hacerla se atenderá 1.° á lo que los interesados acuerden y 2.° en falta de ese acuerdo, á lo gastado en ponerlas y conservarlas, esto es, al coste, ó al precio de venta si éste fuere menor (1744 C.); teniendo presente que siempre que se hace tasación de mejoras abonables al arrendatario, se considera en ella y se rebaja de su valor, lo desmejorado en la cosa arrendada, por culpa ó descuido de éste (1745 C.), pues no sería equitativo

que él se hiciera pagar lo invertido en mejorarla sin pagar los deteriros que por otra parte causó en ella.

515.—Faltando acuerdo sobre el modo de verificar el pago de las mejoras abonables, se hace con la cantidad que baste de la renta del último año de locación (fr. 2. ª 1748 C.); pero si no alcanzare, tiene expedita su acción el arrendatario para hacerse pagar de lo que falte.

516.—No solo tiene el arrendatario derecho de que se le paguen las mejoras abonables: lo tiene también de retener la cosa arrendada, áun concluido el tiempo de la locación, hasta que se le pague (1750 C.), porque es muy natural que con ella se garantice para que no se defraude su derecho. La retención no puede durar por más de tres años (1751 C.), de suerte que si antes no ha acabado por otra causa, acaba por el mero transcurso de ese tiempo, sean cuales fueren los cargos que tenga el conductor y los títulos en que se apoye contra la cosa ó el dueño (1751 C.). Esta disposición no tiene razón de ser ya, una vez establecido el principio de libertad para pactar sobre mejoras, que tienen el locador y el arrendatario por cualquier suma; y la consecuencia lógica exige la supresión de esta disposición.

517.—Un caso hay en que no puede ejercitarse el derecho de retención y es cuando no estando tasadas las mejoras al concluirse el tiempo de la locación ó después de haberse concluido, se resiste el conductor á que se haga su justiprecio ó lo elude. Mientras esto dure, no puede hacer valer tal derecho, y se reduce el suyo á que se deposite la cosa mejorada hasta que se declare el valor de las mejoras (1746 C.), contándose el tiempo del depósito en el de los tres años de la retención.

518.—Hasta aquí se ha hablado de las mejoras que son abonables al arrendatario. Cuando no lo son, ha de distinguirse si son separables sin destruirlas, ó si son inseparables. Si lo primero, puede separarlas el conductor que las puso, ya que con eso ningún perjuicio se causa en la cosa ni hay razón para que el dueño pretenda que se dejen. Si son inseparables, ó por lo menos no puede hacerse la separación sin destruirlas, el locador puede impedir que se destruyan (1747 C.), puesto que ninguna ventaja va á tener el conductor y más bien se ve que procede con el fin de que otro no saque beneficio de lo que á él tampoco ha de aprovecharle. Ha de entenderse que no por eso tendrá el locador que pagar el valor de esas mejoras, pues la ley no le impone la obligación; y su objeto sin duda es que él pueda quedarse con lo que el otro no ha de utilizar.

519.—Cuando el arrendatario, con consentimiento del dueño ó sin él, haya puesto mejoras necesarias ó útiles para gozar de ellas durante el tiempo de la locación y dejarlas después á beneficio de la finca, sin responsabilidad de ésta; si antes de concluirse ese tiempo se interrumpe la locación por causa ó culpa del dueño, se hacen abonables desde entonces. En ese caso, el dueño ó el que suceda en la cosa responderá, ó bien de todo el valor de ellas si no las hubiere disfrutado todavía el arrendatario, ó solo de una parte proporcional al tiempo que faltaba del contrato, si ya hubiere empezado á gozarlas (1743 C.).

XII.

520.—Las obligaciones del conductor son las siguientes:

1.ª Cuidar de la cosa arrendada, como propia, y no usarla dándole diferente destino del que se le concedió (1º 1715 C.). Está obligado pues, á prestar la culpa leve en la conservación de la cosa, y á responder en caso de pérdida ó deterioro por falta de la diligencia requerida, así como por los daños y perjuicios si hubiere empleado la cosa en diferente destino del convenido; ó en falta de convenio, por haber usado de ella de modo distinto del que correspondía conforme á su naturaleza ó á la costumbre recibida (1716 C.).

2.ª Pagar la renta en los plazos convenidos; y en falta de convenio, en cada semestre (2.º 1715 C.). Esas rentas tienen, en caso de concurso, privilegio para su pago sobre los frutos de los fundos rústicos, ó sobre los muebles y utensilios del arrendatario que se hallen en las fincas urbanas, con tal que se reclamen dentro de un año contado desde el vencimiento de la obligación (2416 y 2417 C.); y prescriben á los cinco años contados desde el vencimiento de cada una de ellas.

3.ª Dar aviso al locador de cualquiera usurpación ó imposición de servidumbre que se intente contra la finca (3.º 1715 C.), como que eso forma parte del cuidado que ha de tener; y es natural que siendo él poseedor en nombre del dueño, le corresponda darle aviso; y que tenga, de lo contrario, que pagarle todos los daños y perjuicios que se le causen (1716 C.).

4.ª Devolver la cosa á su dueño, vencido el término de la locación, en el estado en que la recibió, sin más deterioro que el del uso ordinario de ella (4.º 1715 C.), pues en ningún caso puede alegar prescripción una vez que posee por el dueño y en nombre de él. En cuanto á las pérdidas y á los daños sobrevenidos durante su goce, deberá probar que no sobrevinieron por culpa suya ni de sus dependientes, huéspedes ó arren-

datarios; y en falta de esta prueba, será responsable (1724 C.).

5. ᵒ No abusar de modo alguno de la cosa arrendada (5. ᵒ 1715 C.), lo cual se comprende en lo que antes acaba de expresarse, de suerte que responde ya por haber destruido la cosa, ya por haber usado de ella de diferente manera de como debía.

6. ᵒ Hacer las reparaciones llamadas *locativas*. Estas son las que según la costumbre del lugar, son de cargo de los arrendatarios, como arreglo de vidrios, reposición y compostura de tejas, remiendos ligeros de paredes, y en general, todas las especies de deterioro que ordinariamente se producen por culpa del arrendatario ó de sus dependientes ó huéspedes (1723 C.). Mas si los deterioros que hacen necesarias tales reparaciones provienen de fuerza mayor, de caso fortuito ó de mala calidad de la cosa arrendada, son de cuenta del locador (1722 C.).

XIII.

521.—El contrato de arrendamiento tiene algunos casos especiales en que puede pedirse su rescisión y son los siguientes:

1. ᵒ Si el arrendatario abandona el cultivo, ó no cuida de la cosa arrendada con la diligencia debida (1. ᵒ 1725 C.), pues no hay para que aguardar á que termine el contrato y hacer efectivas entonces las acciones, si antes puede ocurrirse al mal.

2. ᵒ Si debiendo afianzar el pago de la renta, se niega á hacerlo (2. ᵒ 1725 C.), porque el contrato debe considerarse como hecho bajo la condición de prestarse la fianza, y por lo mismo, depende de ella (1688 C.).

3. ° Si el conductor abusa de la cosa arrendada, dándola otro destino diferente de aquel para que, expresa ó tácitamente se le concedió (3. ° 1725 C.) por la misma razón dada para el caso primero.

4. ° Si el arrendamiento es de casas, y es preciso que el arrendatario la deje para repararla y que no se arruine (4. ° 1725 C.).

5. ° Si el arrendatario no ha pagado la renta del plazo anterior (5. ° 1725 C.), porque ya uno de los contratantes faltó al cumplimiento de sus obligaciones en la parte que le concierne, y es el caso en que se supone condición resolutoria en todo contrato bilateral (1457 C.).

6. ° Si aunque haya pagado la renta, fue en virtud de sentencia judicial dictada contra él, y después se vence otro plazo sin que la pague (6. ° 1725 C.).

7. ° Si el locador ó el conductor no cumplen sus respectivas obligaciones (7. ° 1725 C.). Esto no quiere decir que cualquiera de los contratantes pueda impunemente faltar á ellas, ó provocar por ese medio una rescisión que convenga á su interés, ya que la otra parte es la que tiene el derecho de pedirla, y para eso, con elección de hacerlo así ó de obligar judicialmente al cumplimiento á la que lo resiste (1726 C.). En todos estos casos hay que dar el aviso de despedida (1733 C.).

8. ° Cuando aparecen vicios ocultos en la cosa arrendada (1727 C.). Puede el conductor entonces pedir la rescisión del contrato ó rebaja proporcional de la renta, siguiendo las reglas establecidas en la venta para la acción redhibitoria y la reducción del precio. Si al tiempo de contratar ignoraba el locador el vicio oculto de la cosa, tiene él también derecho de elegir entre la rescisión y la rebaja; y si en este caso no estuvieren él y el conductor conformes en la elección, prevalecerá la rescisión del contrato. (1727 C.).

XIV.

522.—El contrato de locación se acaba:

1.° Por concluirse el término de duración que fijaron las partes (1.° 1728 C.). En este caso que es de duración determinada y definida, no hay necesidad de aviso de despedida del locador ni del conductor. Mas si concluido ese término, pasan ocho días sin que el locador disponga de la cosa ni el conductor la devuelva, se renueva el contrato sobre las mismas bases del anterior, excepto en cuanto á tiempo, pues queda ya en la clase de los de duración indeterminada, y sujeto á las reglas establecidas para éstos. Esta locación renovada así, sin pacto expreso de las partes, se llama reconducción tácita; y para ella no subsisten las fianzas y seguridades que una tercera persona haya constituido en el contrato anterior, á no ser que expresamente se obligue de nuevo (1729 C.), porque de otra suerte, se le impondría mayor ó más prolongada responsabilidad que la que ella quiso aceptar. En ninguno de los casos en que finaliza un arrendamiento de duración indeterminada ó de tiempo cierto, sea por aviso de despedida, por rescisión declarada, por haberse acabado por cualquier medio legal, ó por algún acontecimiento extraordinario, puede ser obligado el locador de una heredad á recibirla antes de que se concluya el año rural; ni el locador de un predio urbano, antes de que se concluya el último mes, semestre ó año, según se cuenten los plazos del alquiler (1735 C.). Este artículo es correlativo del 1682 y no contradictorio.

2.° Por perderse ó destruirse la cosa arrendada (2.° 1728 C.), porque falta entonces el objeto del contrato. No acabará sin embargo, si la pérdida ó destruc-

ción fué por caso fortuito, y no del todo sino de una parte de ella; mas podrá entonces el arrendatario, según las circunstancias, pedir que se rebaje la renta, ó que se rescinda la locación; y si pidiendo la rebaja, prefiere el locador la rescisión, se rescindirá (1730 C.).

3. ○ Por ser vencido en juicio el locador sobre el derecho que tenía en la cosa (3.° 1728 C.), lo cual equivale á la pérdida total de la sosa.

4. ○ Por la enajenación de la cosa cuando el arrendamiento es por tiempo indeterminado; ó cuando aunque lo fuere por tiempo fijo, se expresó en el contrato que acabaría si se enajenaba (4.° 1728 y 1712 C.).

5. ○ Por necesitar la casa para habitarla el dueño ó sus hijos, si estuviere pactado que concluye en ese caso (5.° 1728 C.).

6. ○ Por muerte del arrendarario, si sus herederos avisan al locador que no pueden continuar en el contrato (6.° 1728 C.), á menos por supuesto, que se haya pactado que su duración sería obligatoria para los herederos (1731 C.). Si fueren dos ó más los herederos del arrendatario, en una locación que no les es obligatoria, si el mayor número de ellos, ó la mitad por lo menos, no manifiesta su voluntad de extinguirla, continúa el contrato solo para éstos, sin ninguna responsabilidad de los otros. En tal caso,no subsisten las fianzas ni las hipotecas anteriores que estaban constituidas á favor del locador (2246 C.); pero éste tiene derecho de exigir, en lugar de ellas, nuevas seguridades; y si no se las prestan dentro de quince días, acaba el contrato (1732 C.).

7. ○ Por subarrendar el conductor, cuando se pactó expresamente que no lo haría (7.° 1728 C.).

8. ○ Por subarrendar en los arrendamientos al partir de frutos, cuando no se concedió expresamente esa facultad (8.° 1728 C.). La diferencia entre este caso y

el anterior está en que en aquel la regla general es que se puede subarrendar y la excepción es no poder hacerlo cuando así se ha pactado. En éste, la regla es que no se puede subarrendar; y la excepción es que podrá hacerse cuando expresamente se haya permitido. La razón de esta diferencia se encuentra en que en el arrendamiento al partir de frutos se forma una especie de sociedad en que se toman en cuenta las circunstancias personales del arrendatario para la producción de los frutos.

9.° Por fenecer la sociedad conyugal en la locación que el marido hizo de los bienes de la mujer, sin expreso consentimiento de ésta (9º 1728 C.). Mas si el consentimiento de la mujer no es indispensable para la validez de los contratos de arrendamiento de sus bienes hecho por el marido, lo natural es que áun disuelta la sociedad, subsistan por el tiempo que falte para el cumplimiento de un contrato que fué válido.

10.° Por terminar el albaceazgo en la locación que hubiere hecho algún albacea administrador, sin consentimiento expreso de los herederos (10º 1729 C.), porque él carecía de esa facultad.

PARRAFO SEGUNDO.

523.—En el párrafo anterior se ha tratado del arrendamiento de cosas; hay también *locación de servicios* de la cual ha de hablarse ahora, porque puede una persona obligarse á prestar á otra, mediante cierta merced, su servicio personal ó industria durante cierto tiempo ó para una empresa determinada (1754 C.). Sus formas más comunes son la de las gentes de servicio, la de los porteadores ó cargadores, y los contratos

de obra ó ajuste de operarios. De cada uno de ellos va á decirse lo que corresponde.

I.

524.—La primera especie de locación de servicios es la que hacen de los suyos las gentes de servicio ó criados. Estos servicios no se pueden alquilar sino por cierto tiempo ó para una empresa determinada, porque de otra suerte degenerarían en una especie de esclavitud. Lo que se paga por ellos se llama *salario*, que es enteramente convencional. Puede hacerse constar en documento escrito, ó de palabra; pero faltando documento, el amo ó señor es creído sobre su palabra, así en cuanto á la cantidad, como en cuanto al pago de los salarios del año ó meses corridos según que el ajuste sea por año ó por meses; y es igualmente creído en cuanto á las buenas cuentas (1755 C.).

525.—El que alquila sus servicios está obligado á prestarlos con fidelidad, prontitud y esmero; y el que no cumpliere su concierto, ó faltare al trabajo el día ó días estipulados, sin causa inevitable y justa, como enfermedad propia, de su mujer, hijos ó padres, riesgo de perder sus sementeras por causas imprevistas, ó porque sus inmediatos superiores, la justicia ú otra autoridad le ocupare, pagará los perjuicios que por su falta se causaren, al señor ó amo del trabajo (1761 C.).

526.—Ninguno debe recibir en su servicio á persona que ha estado en casa de otro sin que le presente cédula de solvencia de éste, cédula que el amo está obligado á dar siempre que el criado no le adeude y esté cumplido el tiempo de su concierto (1758 C.). El que reciba un criado sin esa constancia, está obligado á

pagar la cantidad que saliere adeudando y los daños que haya hecho; y si hubiere provocado al sirviente para que se despidiera de la casa donde servía, pagará en calidad de pena, una multa, de uno á veinticinco pesos, según lo determine el juez (1759 C.).

527.—El sirviente no puede despedirse sin causa justa, antes de cumplirse el tiempo de su concierto; y si lo hiciere, perderá á favor de la persona á quien servía, lo que se le adeude; y el que hiciere un daño ó cometiere un delito para tomar causa de despedirse ó darla para que lo despidan, además de perder lo que se le adeude, indemnizará el daño y se castigará éste y el delito con arreglo á las leyes (1761 C.).

528.—Cumplido el tiempo del ajuste, puede el criado despedirse cuando guste; mas esto se entiende si no hubiere recibido vestidos ó dinero adelantado, que en este caso puede ser compelido á continuar por el tiempo nuevamente estipulado ó por el que corresponda al valor para pagar lo recibido (1757 C.).

529.—Aunque no esté cumplido el tiempo prefijado, pueden los criados, de cualquiera calidad que sean, ser despedidos por sus amos, pagándoles el salario correspondienie (1756 C.). El amo ó jefe de la casa que negare sus justos salarios al sirviente; ó que le retuviere sin causa cuando él quiera despedirse ó fuere despedido, estará obligado á pagarle un tanto más, y otro tanto habrá de satisfacer como multa (1760 C.).

530.—Los sueldos, salarios, jornales ú otras retribuciones por la prestación de cualquier servicio personal prescriben en dos años contados desde que cesó el servicio (4. ° 661 C.). En concurso, tienen privilegio como créditos de tercera clase los salarios de cualesquiera servicios familiares ó domésticos en los dos últimos años (2. ° 2418 C.).

II.

531.—*Porteadores* se llaman *los que en virtud de cierto precio, alquiler ó flete, se encargan de conducir ó llevar, de un lugar á otro, personas ó cosas, sea por agua ó por tierra* (1762 C.). Estos porteadores tienen obligación de poner á las personas ó entregar las cosas en el lugar convenido (fr. 1ª 1764 C.); y tienen igualmente la de guardar y conservar, como si fueran posaderos, todo lo que se les confía (1762 C.). Sea cual fuere el nombre que en cada caso especial se les dé, su responsabilidad es no solo de lo que reciban en el lugar de donde salen ó principian su viaje, sino de lo que en cualquier punto del tránsito, se les entregue á ellos mismos ó á sus comisionados que van cuidando de la carga (1763 C.).

532.—Son de su responsabilidad los daños, las pérdidas, los hurtos y las averías que en ella hayan sobrevenido; á no ser que prueben que ocurrieron estos accidentes sin culpa suya y por caso fortuito que no pudieron evitar, ó por causa de la misma naturaleza ó vicio propio de las cosas, ó por fuerza mayor (fr. 2ª 1764 C.).

III.

533.—*Ajuste ó contrato de obra es el que se celebra con un arquitecto, maestro de obras ú operario, para la construcción, por precio cierto, de una casa ó de otro edificio cualquiera.* Puede suponerse que se verifica poniendo el arquitecto, además de su industria personal y servicios, el terreno; ó poniendo además de

la industria los materiales; ó por último, poniendo simplemente la industria (1765 C.). En el primer caso, hay verdadera venta: en el segundo también por lo que hace á los materiales; y el último es el que propiamente es de solo locación de servicios. Va á verse cuáles son las disposiciones especiales que rigen este contrato.

534.—El operario que pone su industria y materiales, ó solo su industria, está obligado á hacer la obra según el convenio y en el tiempo señalado en el contrato, so pena de pagar daños y perjuicios (1766 C.). No puede pedir aumento del salario estipulado, á no ser que aumente también la obra.

535.—Si la obra se destruye, no está obligado el operario sino por dolo ó culpa (1767 C.). Si un edificio construido á destajo, se destruyere dentro de cinco años por vicio de su construcción, es responsable el operario ó arquitecto. Es responsable también, por el mismo tiempo de cinco años, de la destrucción del edificio, por defecto en el area ó cimiento sobre que fue construido, si no hizo al dueño la representación conveniente para disuadirlo de esa fábricación (1768 C.).

536.—El empresario responde de las faltas que cometan sus operarios y demás personas que emplee por sí en alguna obra (1773 C.). Mas ninguno de tales operarios ó dependientes tiene acción contra el dueño de la obra sino hasta la cantidad que se estuviere debiendo al empresario (1774 C.).

537.—El dueño de una obra á destajo puede separarse del contrato, pagando al operario su trabajo y gastos y lo que justamente podría utilizar (1770 C.).

538.—Se disuelve el contrato por muerte del operario con quien se celebró (1771 C.), á menos que el dueño de la obra conviniere en que se continúe por el heredero ó por el operario que éste le proponga. Si no conviniere, pagará al heredero el precio proporcional al tra-

bajo hecho y al valor de los materiales preparados, si fueren útiles (1772 C.).

TITULO DECIMO QUINTO.

DE LA SOCIEDAD Ó COMPAÑIA.

539.—La *sociedad* ó *compañía* es otro de los contratos que ha de examinarse y que tiene mucha aplicación práctica en los negocios, aplicación que se aumenta á medida que se extiende la industria y se ensanchan los ramos á que se contrae. Se tratará, 1. ○ de su definición, 2. ○ de las diferentes clases de sociedad, 3. ○ de la forma en que ha de constar la sociedad común, 4. ○ de las personas que pueden celebrarla, 5. ○ del tiempo de su duración, 6. ○ de las obligaciones de los socios, 7. ○ de la administración de la sociedad, 8. ○ de los derechos de los socios, 9. ○ de la manera de hacerse la división, 10. ○ de la rescisión de la sociedad, 11. ○ de su disolución, 12. ○ de sus efectos respecto de terceras personas.

I.

540.—*La sociedad* ó *compañía* es *un contrato consensual por el que dos ó más personas convienen en poner en común alguna cosa ó industria, con el fin de dividir entre sí las ganancias* (1776 C.). Es contrato consensual porque para perfeccionarse no necesita la entrega de la cosa, sino que basta el consentimiento. Este ha de ser verdadero y en eso se diferencia la com-

pañía del cuasi-contrato de comunidad de bienes, que está fundado en la voluntad presunta de los que por alguno de los títulos de dominio tienen en común alguna cosa. En este contrato se pone en común alguna cosa ó industria, de modo puede referirse á toda clase de contratos, con tal que su objeto sea lícito, pues siendo para un fin reprobado ó contrario á las leyes, claro está que éstas no pueden autorizar ni reconocer la sociedad, v. g. la que se hiciera para robar (fr. 1ª 1777 C.). Debiendo ponerse algo en común, cada uno de los socios tiene que contribuir á la compañía con dinero ú otros bienes ó con su trabajo o industria (fr. 2ª 1777 C.). Los que contribuyen con dinero se llaman generalmente, *socios capitalistas*; y los que con su trabajo ó industria, *socios industriales*. Finalmente, es de esencia de la sociedad que sean divisibles las ganancias y consiguientemente las pérdidas, de tal suerte que son nulas, y se tienen por no puestas, las cláusulas del contrato de sociedad que la hacen *leonina*, ó sea, aquellas en que se estipule que alguno de los socios no tendrá parte alguna en las ganancias, ó que los bienes de otro, puestos en común, estarán libres de responsabilidades y riesgos (1778 C.). Constituida la compañía, ésta forma una persona jurídica distinta de la de los socios individualmente considerados (1825 C.), así es que por todos los asuntos que son de la compañía, á la compañía hay que dirigirse, ó á aquel de los socios que tenga su representación. Si, independientemeute de ella, tiene uno de los socios sus asuntos particulares, con éste exclusivamente hay que entenderse por todo lo que á ellos se refiere.

———

II

541.—La sociedad puede ser *común* y *mercantil:* la primera que es la de que aquí va á tratarse, tiene por objeto negocios del orden común; y la otra, que se estudia en el derecho mercantil, se refiere á asuntos de comercio (art. 3º Cod. Com.). No obstante, las disposiciones para la compañía común son aplicables á las de comercio en todo lo que no se oponga á las leyes y usos mercantiles (1828 C.), de modo que las leyes comunes forman un derecho supletorio.

542.—La sociedad común puede ser *general* ó *singular* (1781 C.). General es *la que comprende todos los bienes presentes y puede abrazar también los que se adquieran después.* Entran en ella todos los que provengan del trabajo ó de la industria, y no los que resultan de alguna causa lucrativa (1782 C.). En esta sociedad general, para que se verifique la comunidad de bienes, no se necesita la tradición sino que por ministerio de la ley pasan al dominio de la sociedad; y en consecuencia, cada uno de los socios puede demandar en juicio por razón de ellos como si fueran suyos (1783 C.). Se exceptúa únicamente el derecho de cobrar de los deudores los créditos, pues para esto sí se requiere poder ó cesión del consocio acreedor (1783 C.).

543.—*Singular* ó *particular* es *la que se refiere exclusivamente á una cosa ó industria, ó se celebra solo para una negociación determinada.* En ésta solo entran los bienes ó cosas que se han prometido, y no las demás que los socios posean (1781, 1782 C.).

544.—La sociedad puede ser también *convencional* que es de la que va á tratarse, y se forma por contrato; y *legal*, que es la que por ministerio de la ley se forma

entre marido y mujer respecto de sus bienes, y de la cual se hablará en el título siguiente, porque tanto en su constitución como en sus reglas se aparta en varios puntos de la común.

III.

545.—Aunque el contrato de compañía es consensual en cuanto que no se perfecciona por la tradición sino por el consentimiento, tiene que hacerse constar por escrito siempre que su valor exceda de quinientos pesos (234 Dec. de Ref. Nº 272 y 1779 C.); y áun en instrumento público, que se inscriba en el registro de la propiedad si se comprenden bienes raíces (233 Dec. cit.). En la escritura de sociedad, debe expresarse el tiempo de su duración, quiénes son los socios, el capital ó industria con que contribuye cada uno, y la proporción en que han de distribuirse las ganancias ó repartirse las pérdidas (1779 C.). Las ampliaciones ó modificaciones del contrato, como partes integrantes que son de éste, han de hacerse constar con las mismas solemnidades que su celebración, entendiéndose además que para cualquiera modificación sustancial se necesita el voto unánime de los socios, salvo en cuanto el mismo contrato establezca otra cosa (fr. 3ª 1826 C.) No pueden los socios hacer pacto alguno reservado para afectar los derechos de terceros, ni oponerles, contra el contenido de la escritura de la sociedad, ningún otro documento privado ni prueba testimonial (1780 C.), pues tales actos secretos podrían prestarse á muchos frauudes y complicaciones en perjuicio de terceras personas que, para la seguridad de sus contratos, no tienen que atender más que á la escritura de sociedad Y áun supo-

niendo que el contrato sea nulo, su nulidad no perjudicará á ias acciones que corresponden á terceros de buena fé contra todos y cada uno de los asociados, por las operaciones de la sociedad, si existiere ésta de hecho (1827 C.).

IV.

546.—Pueden formar sociedad, sea general ó particular, todos los que tienen capacidad de contratar por sí, ó sea, los que ticnen la libre administración de sus bienes. Los que no administran bienes propios, como el marido los de su mujer, el tutor los del menor, no pueden respecto de esos intereses celebrar más que sociedad singular (1784 C.). La general no se les ha permitido, sin duda por los mayores riesgos á que queda el menor expuesto en la compañía en que se comprometen todos sus bienes.

V.

547.—Según antes se ha indicado, en la escritura de sociedad ha de expresarse cuál es el término de su duración; y son libres los socios para fijar el que tengan á bien. Este término comienza á correr desde la celebración del contrato, á menos que en el mismo se haya determinado otra fecha, desde la cual haya de empezar á contarse (1785 C.). Y si no hubiere habido convenio respecto de este punto, se supone limitada la duración de la sociedad á nueve años, ó al tiempo que se requiera para concluir el negocio que con ella se trata de llevar á cabo, si éste es de duración limitada (1786 C.).

VI.

548.—Las obligaciones mutuas de los socios se refieren á la constitución de la sociedad, ó á lo que tienen que hacer en la sociedad ya establecida. De la primera clase son las que van á enumerarse.

549.—En primer lugar, cada socio está obligado á entregar á la sociedad la cosa que prometió llevar á ella, como que esos contingentes son la base de sus operaciones. Y por esta misma razón, y por ser oneroso el contrato, tiene también el socio que sanear la cosa ó capital que introduce, pues de otra suerte quedaría sin haber contribuido con nada (1787 C.).

550.—Los socios deben poner en la masa común sus respectivos contingentes ó capitales en el plazo convenido; y como la dilación no tiene por que ser perjudicial á los otros socios, el socio que retarde la entrega de su capital, cualquiera que sea la causa, tiene que abonar á la sociedad el interés legal del dinero que no entregó á su debido tiempo (1789 C.). Sin perjuicio de esto, en cuanto llega la época en que había de verificar la entrega, puede la socidad proceder ejecutivamente contra él para que la haga, ó rescindir el contrato en cuanto á ese socio, por falta de cumplimiento de una de las condiciones esenciales de él (1788 C.).

551.—Los bienes llevados por los socios á la sociedad, sea cual fuere su naturaleza, pasan al dominio de ésta, de suerte que son en lo de adelante, de cuenta y riesgo de ella, y no del socio que los introdujo: su provecho pues, es para todos, conforme á las cláusulas de la sociedad, y su pérdida será también pérdida común. Mas si lo que se ha puesto en la com-

pañia no es la propiedad íntegra sino solamente el usufructo, permanece de cuenta y riesgo del propietario si las cosas son ciertas y determinadas y de aquellas que no se consumen con el uso; pero si son fungibles, si se deterioran guardándolas, si están destinadas á venderse, ó se pusieron en la sociedad, previa tasación, quedan de cuenta y riesgo de ella desde que fueron entregadas 1791 C.). Este parece que es el principio general para todos los casos de igual naturaleza, y da la regla para la responsabilidad, como la del marido por la dote y demás bienes de la mujer, la del comodatario, mutuario, &. Pero cuando se trata de cosas no fungibles se transfiere solo el uso y no el dominio, y por eso la pérdida la soporta el que lo conserva que es el socio que las trajo.

552.—Obligación de los socios que ponen su industria en común, es la de dar cuenta á la sociedad de todas las utilidades que obtengan del ejercicio de esa industria (1790 C.), porque ese es el capital con que contribuyen.

553.—Es obligación también de los socios prestarse la culpa leve, porque la utilidad es de todos. En consecuencia, cualquier daño causado en los intereses de la compañía por dolo, abuso de facultades ó negligencia grave de algún socio, constituye á su autor en la obligación de indemnizarlo si los consocios lo exigen. Exceptúase el caso en que pueda colegirse de algún acto la aprobación ó ratificación expresa ó virtual del hecho sobre que recae la reclamación (1702 C.), porque entonces ya la sociedad ha tomado esa responsabilidad. Esa aprobación tácita existirá siempre que haya hechos que acrediten la intención de los socios de conformarse con lo ejecutado. Así, si uno hace una venta, y los demás, en consecuencia de ella y sin reclamar ni oponerse, entregan la cosa vendida, se entiende que la

venta ha sido virtualmente aprobada y que ya está libre de responsabilidad el socio que la hizo.

554.—Otra obligación de los socios es que ninguno de ellos puede distraer ni segregar del fondo común para sus gastos particulares, mayor cantidad que la designada á cada uno en las cláusulas del contrato. Si toman una cantidad mayor, sin perjuicio de responder á la sociedad por los daños que con ese motivo se la hayan causado, tendrán que pagar el interés legal correspondiente á lo indebidamente tomado (1793 C.).

555.—Ninguno de los socios puede, sin autorización y consentimiento de los demás, hacer innovaciones en los bienes inmuebles que dependen de la sociedad, áun cuando las considere ventajosas á ésta (4ª 1801 C.), pues él ya no es dueño de calificar esto por sí, como que afecta á todos.

556.—Tampoco puede el socio que no es administrador enajenar ni obligar las cosas pertenecientes á la sociedad, aunque sean muebles (1802 C.), porque todo el derecho para hacerlo reside en la sociedad y en la persona á quien ella la delega. Consiguientemente, tampoco puede transigir respecto de esos bienes (1489 C.).

557.—Ningún socio puede transmitir á otra persona, sin consentimiento de los demás, el interés que tenga en la sociedad, porque esto equivaldría á darles un socio contra su voluntad, y la compañía es contrato que requiere esencialmente la buena armonía y recíproca confianza de los socios; y al formarla, descansan en el conocimiento que tienen los unos de los otros, y de las cualidades y aptitudes personales de que respectivamente están dotados. Por estas razones, tampoco podrá el socio poner á otro en lugar suyo para que desempeñe los oficios que le tocan en la administración. Pero sí podrá participar de su acción á

cualquiera, no asociándole á la compañía (1803 C.), porque entonces no hace más que disponer de lo suyo, y los otros nada pueden objetar cuando ese acto es ya enteramente independiente de la sociedad.

558.—Quedan todos los socios obligados por los contratos celebrados por el socio administrador ó por el que estuviere autorizado para ello (1804 C.), pues cabalmente para ese efecto se les confiere tal administración ó autorización (1804 C.). Y quedarán obligados igualmente á las deudas contraídas por algún socio, aunque no sea el administrador ni haya tenido autorización, si la sociedad se ha aprovechado de ellas (1805 C.), porque nada es natural ni tan conforme á la equidad como que respondan de las consecuencias de un hecho los que reportan las ventajas de él. Mas si no es este el caso, la sociedad solo quedará responsable, en cuanto alcance el capital del socio contratante (fr. 3ª 1806 C.), ya que debe tenerse como deuda de él nada más.

559.—Los socios, según se ha dicho, están obligados á favor de un tercero por las deudas de la sociedad; pero esa obligación no es solidaria sino en proporción á sus capitales respectivos (fr. 1ª 1806 C.), de manera que proporcionalmente á estos se reparte el pago de la deuda. Cuando los socios contratan directamente con un tercero, sin expresar la proporción en que le queda obligado cada uno, serán respecto de él, responsables por iguales partes, siguiendo el principio establecido para las obligaciones mancomunadas. Esto no obsta á que los socios entre sí se indemnicen según sus capitales respectivos, de suerte que si uno pagó la mitad de la deuda y su interés es solo por una cuarta parte, tendrá derecho á que se le indemnice por la otra cuarta parte que pagó de más.

560.— No debe contraerse deuda ú obligación nueva

si expresamente la contradice uno de los socios administradores; pero si á pesar de eso se contrajere, producirá sus efectos legales, en cuanto al acreedor, y el que la contrajo quedará responsable de los perjuicios que cause á la sociedad (1807 C.).

561. —El pago hecho á uno de los socios por un deudor particular suyo, que lo es también de la sociedad, se imputará proporcionalmente á ambos créditos, aunque el socio lo hubiere aplicado íntegramente en la carta de pago á su crédito particular, siguiendo así el principio general para los pagos (2314 C.); pero si se aplicó al crédito de la sociedad, se cumplirá esta disposición (1808 C.), pues indudablemente tiene el socio derecho de renunciar al beneficio de que habría podido gozar.

562.—Si teniendo alguno de los socios en guarda los bienes de la sociedad, diere á otro parte de ellos, sin mandato de los demás, y después viniere á pobreza de modo que no pueda entregarles sus partes respectivas, se restituirá á la sociedad aquello que se dió y se dividirá entre todos. Mas no favorece esta restitución al socio que fué negligente en pedir su parte, sabiendo la entrega que se hizo á otro (1820 C.).

563.—Finalmente, los socios están obligados recíprocamente á darse cuenta de la administración; y sus resultados, tanto activa como pasivamente, pasan á sus herederos (1821 C.).

VII.

564.—La administración de los negocios de la compañía debe sujetarse á lo dispuesto en el contrato acerca de ese punto. Si está encargada á uno ó más de los socios, lo que éstos hagan será obligatorio para

todos, y los demás no pueden oponerse ni revocarle la administración, sino en caso de fraude (1800 C.). A falta de convenio especial sobre la administración, cada socio es administrador; y como tal puede obrar en nombre de la sociedad, sin perjuicio del derecho de los otros para oponerse á un acto antes de que se perfeccione (fr. 1ª 1801 C.). En las deliberaciones de los socios que tengan derecho á votar, decidirá la mayoría de votos, computada según el contrato; y si en éste nada se hubiere establecido sobre el particular, decidirá la mayoría numérica de los socios; exceptuándose los casos en que la ley ó el contrato exija unanimidad ó conceda á cualquiera de los socios el derecho de oponerse á los otros (fr. 1ª y 2ª 1826 C.).

VIII.

565.—Varios son los derechos de los socios. Tienen en primer lugar, el de que la sociedad les pague los gastos que hagan en desempeñar los negocios de ella, y les indemnice de los perjuicios que les sobrevengan con ocasión directa ó inmediata de mismos negocios (1794 C.). Que así como cada uno uno indemniza á la compañía por los daños que haya causado en sus intereses, justo es también que por reciprocidad se le indemnicen á él los perjuicios que por razón de ellos se le hayan irrogado. Mas si tales perjuicios los han recibido por causa suya, por caso fortuito ó por otra causa independiente, aunque sea mientras se ocupaban en servicio de la sociedad, no tienen acción para pedir que se les indemnicen, pues la compañía no es la que los ha causado.

566.—No habiendo limitación especial por razón de la administración que se haya conferido, puede cada

socio servirse de los bienes puestos en común, con tal que los emplee en su destino natural, y que sea sin perjudicar los intereses de la sociedad ni impedir que los demás socios usen á su vez de igual derecho (fr. 2ª 1801 C.).

567.—Cada uno de los socios tiene también, y especialmente el administrador, derecho de obligar á los demás para que concurran á los gastos que exija la conservación de las cosas de la sociedad (3º 1801 C.).

568.—Otro derecho que compete á todos los socios es el de examinar el estado de la administración y de hacer las reclamaciones convenientes al interés común, con arreglo á lo pactado en la escritura de sociedad y á las disposiciones generales de derecho (1822 C.).

569.—Y finalmente, los socios gozan entre sí del beneficio de competencia para el efecto de no poder ser ejecutados por el pago total de la deuda procedente de las acciones recíprocas del contrato de compañía sino dejándoles lo necesario para su subsistencia (fr. 1ª 1823 C. y 4º 2382 C.); y esto, por las consideraciones que deben tenerse los socios, de modo que tienen que aguardar por el resto hasta que los deudores mejoren de fortuna; mas como el objeto es que se deje al socio lo necesario para la subsistencia, si éste tiene arte ú oficio de que vivir no gozará del beneficio (fr. 2ª 1823 C.). No cabe prescripción entre los socios en las cosas comunes de la sociedad, porque el que posee, posee por todos.

IX.

570.—Los socios pueden arreglar en el contrato la forma de distribución de utilidades y pérdidas, pues fuera de lo que es contrario á la moralidad y buena

fé, como la sociedad leonina de que ya se habló, tienen derecho de fijar las cláusulas y los pactos que les parezca. Mas para el caso de que no se haya estipulado la manera de distribuir las ganancias y las pérdidas, la ley ha debido fijar y fija en efecto las reglas según las que se ha de proceder y son las que van á verse:

1. ª Si se estipuló en el contrato la parte de cada cual en las ganancias, sin mencionarse la de las pérdidas, se hará la distribucion de éstas en la misma proporción que la de aquellas, y vice versa, de modo que la expresión de lo uno sirve para lo otro (1796 C.). La razón es que en falta de pacto, lo natural y de equidad es que en igual proporción lleve cada uno la ganancia y soporte la pérdida, porque otra distribución diferente supone para la desigualdad motivos fundados que exigirían estipulación expresa.

2. ª En caso de no haberse determinado en el contrato la parte que toque á cada socio en las ganancias ni en las pérdidas, se dividirán unas y otras á prorrata del capital que cada uno puso en la sociedad (1795 C.). La cantidad pues, á que asciende la ganancia ó la pérdida se dividirá proporcionalmente entre los capitales, de suerte que á doble capital corresponde doble ganancia, y la mitad á un capital como la mitad. Se forma así la proporción llamada de compañía en que el monto total de los capitales sociales es á la total ganancia ó pérdida, como el capital respectivo de cada socio á su parte correspondiente de ganancia ó pérdida.

3. ª La parte que ha de tener en las ganancias el socio que no puso más que su industria, será igual á la proporción correspondiente al socio que contribuyó con más capital; y si son iguales los capitales ó es uno solo el socio capitalista, la ganancia será igual á la de

los otros (1797 C.). En otros códigos como el español de comercio y el peruano, se establece por el contrario, que habiendo varios socios con capitales desiguales, la porción de ganancias del industrial sea igual á la que lleva el que tiene menor capital. Contra esto se ha objetado con razón que es injusto equiparar al socio industrial con el de capital menor, cuando la industria por lo general, vale tanto como el capital; y cuando de no ser así, ó habrían podido igualarse poniendo una parte de capital el industrial, ó se habría hecho otra estipulación. Si cuando hay un solo socio capitalista la porción del industrial es igual á la del otro, no hay motivo para disminuirla cuando son varios; y sí bien pudiera adoptar la ley para el industrial, un término medio entre la porción del que lleva mayor y del que menor capital, atendida la importancia de la industria, no parece impropio asignarle parte equivalente á la del que tiene capital mayor.

4.ª El socio que solo es industrial estará también sujeto á las pérdidas cuando sean mayores que todo el capital de la sociedad; y entonces participará de ellas solo en la cantidad que excedan del capital (1798 C.). Así pues, suponiendo que liquidada la sociedad, no resulte ganancia alguna, sino solamente el capital introducido, lo sacará el que lo introdujo, y habrá perdido su trabajo el industrial, como pierde el otro los intereses ó frutos de su dinero. Si no solo no hay ganancia, sino que no sale ni el capital íntegro del capitalista, lo que falte, poco ó mucho, lo pierde éste y nada más tiene que dar el industrial, porque ya ha perdido su trabajo. Mas si la pérdida excede áun del capital social, hay ya un desfalco extraordinario á que todos han de quedar sujetos. Mientras la pérdida no pasa del capital, la soporta solo el capitalista porque equiparado su capital con la industria del otro,

no hay injusticia en que pierda él su capital, así como el otro perdió el suyo que era la industria puesta; pero en cuanto excede, ya están en igual condición, y si él tiene que contribuir con algo más fuera del capital perdido, con algo más tiene también que contribuir el industrial, fuera de su industria empleada. En todos estos casos en que hay socios puramente industriales, para hacer la distribución de ganancias ó pérdidas, ha de añadirse á la suma de los capitales efectivos el que representa el trabajo del socio industrial, pues de otra manera, la distribución de ganancias ó pérdidas quedaría hecha solamente entre los verdaderos capitalistas, y habría que hacer nuevas y más complicadas operaciones para deducir después la del industrial.

571.—Contra la distribución de las ganancias ó pérdidas no se admite reclamación del socio que la ha aceptado tácitamente empezando á cuplirla, ni la del que lo haga después de tres meses de tener conocimiento de ella (1799 C.). Este término breve tiene por objeto cortar pleitos enojosos, y es por otra parte, suficiente para el objeto de examinar la distribución y hacer reparos contra ella.

572.—Por lo demás, se aplican á las divisiones entre socios, las mismas reglas que hay sobre partición de herencia, y sobre las obligaciones que de ésta resultan entre los partícipes (1824 C.).

X.

573.—El contrato de sociedad puede extinguirse ó disolverse totalmente, esto es, respecto de todos los socios; ó rescindirse solo parcialmente respecto de algunos de ellos (1809 C.). En este último caso, que es del

que va á tratarse, la compañía queda subsistente, y la rescisión parcial no produce más efecto que el de dejar eliminado de la misma á aquel ó aquellos de los socios que hayan sido culpables en el motivo que da lugar á esa exclusión (1811 C.).

574.—Se rescinde parcialmente el contrato de sociedad en los casos que siguen, que todos ellos suponen que uno de los socios ha faltado á sus deberes ó cometido algún abuso grave.

1. ° Si un socio usa, para sus negocios propios, del nombre, de las garantías ó de los capitales pertenecientes á la sociedad (1º 1810 C.).

2. ° Si se entromete á ejercer funciones administrativas el socio á quien según el contrato de sociedad no corresponde desempeñarlas (2º 1610 C.).

3. ° Si el socio administrador comete fraude en la administración ó cuentas de la sociedad (3º 1710 C.).

4. ° Por ocuparse alguno de los socios en sus negocios particulares, estando obligado por el contrato á ocuparse en provecho de la sociedad (4º 1810 C.).

5. ° Por no poner en la masa común, en el plazo convenido, el capital respectivo, ó por haber causado dolosamente ó con abuso de facultades ó negligencia grave, cualquier daño en los intereses de la sociedad (1788, 1792 y 5.º 1810.).

6. ° Por haberse ausentado el socio que tenía obligación de prestar servicios personales á la sociedad; y requerido para regresar, no lo verifica, ó manifiesta que está impedido para hacerlo (6.º 1810.).

XI.

575.—Además de los modos de acabarse que son comunes á todos los contratos, se acaba el de sociedad

por los siguientes que le son peculiares y traen principalmente su origen de la confianza recíproca y buena armonía que han de existir entre los socios, ya que el consentimiento para formarla se funda de ordinario en el conocimiento de sus circunstancias personales. Se disuelve pues totalmente la sociedad.

1. ° Por concluirse el tiempo convenido para su duración (1.° 1812 C.), porque el consentimiento para permanecer en ella se prestó sólo para durante ese tiempo. Pero antes del tiempo determinado en el contrato, ninguno de los socios puede pedir la disolución de la compañía, á no ser que para ello concurran motivos justos, como cuando otro socio falta á sus deberes, ó el que se separa padece una enfermedad habitual que le inhabilite para los negocios de la sociedad, ó han sobrevenido otras causas cuya gravedad y legitimidad califica el arbitrio judicial (1819 C.). Propiamente sin embargo, éstos no son más que casos de rescisión parcial. Concluido el término de la sociedad, los asociados pueden convenir en prorrogarlo; pero para hacerlo, se necesitan las mismas formalidades que para la celebración del contrato (1814 C.), puesto que idénticos efectos ha de producir.

2. ° Se acaba también, áun cúando no haya espirado el término, por acabarse la empresa ó el negocio que fué objeto de la compañía (1812 C.), porque está conseguido ya el fin de ésta.

3. ° Por la pérdida total de los capitales que constituían el fondo común (2. ° 1812 C.), porque faltan los elementos ó materia para para continuarla. Por el mismo motivo, si uno de los socios promete poner en común la propiedad de una cosa, cuya importancia es tal que equivalga al objeto fundamental del negocio; si ésta se pierde antes verificarse la entrega, se disuelve el contrato respecto de todos los socios (1815 C.),

como que falta lo que en ese caso fué razón esencial para celebrarla. Otro tanto habrá de decirse cuando el socio que había de prestar su industria queda inhabilitado para hacerlo, sea por impedimento físico, ó por incapacidad legal.

4.° Por quiebra de la sociedad (1812 C.), porque milita igual ó mayor razón que cuando se pierden los capitales.

5.° Por muerte de uno de los socios (4º 1812 C.). Puede sin embargo, pactarse expresamente en la escritura de constitución de la compañía, que continúen en ésta los herederos del socio que muera; pero esta cláusula, si bien obliga á los demás socios á recibir á los herederos en representación del difunto porque á ello se obligaron, no obliga á los herederos á entrar en la sociedad (1816 C.). Puede pactarse también que, aunque muera alguno de los socios, los otros continúen solos en la compañía, y entonces no entran, aunque quieran, los herederos del socio difunto, y no se entiende disuelta la sociedad (1813 C.). Y podrán también los socios sobrevivientes continuar en sociedad, aunque no haya habido convenio; pero equivaliendo esto á la formación de una nueva, se requiere la misma solemnidad. Si continúa la sociedad después del fallecimiento de un socio, y los herederos de éste no entran en ella, solo tienen derecho á la parte que correspondía al difunto al tiempo de su muerte; y no participan de los resultados posteriores, favorables ó adversos, sino en cuanto sean consecuencia necesaria de las operaciones de la sociedad en el tiempo que en ella permaneció su causante; pues suceden en esas resultas sea para derechos ú obligaciones por consecuencia de la sucesión en éstas que produce la admisión de la herencia (1817 C.).

6.° Por la interdicción judicial de uno de los socios,

ó por cualquiera otra causa que le prive de la administración de sus bienes (5.° 1812 C.), porque para el efecto equivale á la falta total del socio; pero podrán los otros continuar en virtud de pacto previo para ese caso, ó de convenio hecho cuando ocurra (1813 C.).

7.° Por quiebra de cualquiera de los socios (6.° (1812 C.), como que fallan la confianza é igualdad. Podrán continuar los demás como en el caso anterior.

8.° Por voluntad de uno de ellos, ó sea, por renuncia hecha oportunamente y de buena fé (7º 1812 C.). Para que este medio sea admisible, sin necesidad de otra causa bastante y legal, se requiere que la sociedad se haya celebrado por tiempo indeterminado, y que el renunciante no proceda de mala fé ni intempestivamente (fr. 1ª 1818 C.). Hay mala fé en el socio que renuncia cuando pretende hacer un lucro particular que no tendría subsistiendo la sociedad; y procede intempestivamente, cuando lo hace en circunstancias de no haberse concluido una negociación y de convenir que continúe la sociedad por algún tiempo más para evitarse el daño que de lo contrario le resultaría (fr. 2ª 1818 C.).

XII.

576.—Cuando llega á declararse nulo el contrato de sociedad, esa declaración produce todos sus naturales efectos entre los socios; pero no perjudica á las acciones que á terceros de buena fé competan contra todos y cada uno de los asociados, por operaciones de la sociedad, si ésta existió de hecho (1827 C.). Tal disposición tiene por objeto el interés del público para no destruir la confianza de los que negocian con una sociedad que de hecho ya existe, pues no obstante que les co-

rresponde averiguar si hay ó no contrato social, no puede exigírseles que entren en el examen de todos los detalles que pudieran dar margen á nulidad.

TITULO DECIMO SEXTO.

DE LA SOCIEDAD LEGAL ENTRE MARIDO Y MUJER.

577.—*Sociedad legal* se llama, porque resulta por ministerio y diaposición de la ley, sin necesidad de convención especial, *la que se forma por el matrimonio, entre marido y mujer, respecto de sus bienes.* La ley establece esta sociedad (1090 C.) como consecuncia de las relaciones íntimas que median entre marido y mujer, de la vida común que hacen, de los mútuos deberes que tienen y de los recíprocos auxilios que se prestan, y como tiene algunos puntos particulares en que no se siguen estrictamente todos los principios del contrato de sociedad, se trata de ella separada y particularmente.

578.—En esta sociedad, lo mismo que en la que se forma por contrato, puede haber bienes que sean propios exclusivamente de uno de los socios, esto es, del marido ó de la mujer y otros que son bienes comunes, ó que pertenecen á ambos. En el primer párrafo relativo á esta sociedad especialmente, corresponde determinar: primero, cuáles son bienes propios del marido: segundo cuáles son propios de la mujer: tercero, cuáles son comunes: cuarto, cómo se administra la sociedad: quinto, cuáles son las responsabilidades que pesan sobre esos bienes: sexto, cómo se acaba la sociedad con-

yugal: sétimo, cómo se liquida ésta cuando fenece; y octavo, cuáles son gananciales. En los párrafos siguientes se tratará de la dote, de los parafernales y de las arras.

PARRAFO PRIMERO.

DE LA SOCIEDAD LEGAL.

I.

579.—Son bienes propios del marido:

1.° Los que éste llevó al matrimonio, siempre que su adquisición anterior se compruebe por escritura pública, ó por sentencia judicial favorable. (1.° 1155 C.). Quedará establecida también la propiedad del marido en determinados bienes, aunque no tenga á su favor los títulos mencionados, si antes de celebrarse el matrimonio, se otorgó escritura haciendo constar cuáles eran los que él introducía y cuáles los que introducía la mujer (1093 C.); lo que aleja igualmente toda sospecha de perjuicio á tercera persona.

2.° Los que durante el matrimonio hayan adquirido por herencia, donación ú otro título gratuito, acreditándolo por medio de escritura ó de sentencia judicial (198 Dec. de Ref. N.° 272—2° 1155 C.).

3.° Los comprados ó permutados con los bienes de su capital exclusivo, introducido ó adquirido con posterioridad (198 Dec. cit.), porque todos los bienes comprados ó permutados con otros se reputan para los efectos legales, como si fueran de la misma clase y naturaleza de aquellos con que se compraron ó permu-

taron (1097 C.), de suerte que los unos vienen á ser sustituidos y representados por los otros.

4. ° El aumento de los bienes inmuebles de su propiedad ó de las alhajas y bienes preciosos provenientes de solo la naturaleza ó del beneficio del tiempo (1124 C. 203 Dec. de Ref. N. ° 272) porque no habiendo en ellos ningún trabajo ni beneficio exterior, parece propio que todo sea del dueño.

II.

580.—Son bienes propios de la mujer:

1. ° La dote (1 °-199 Dec. de Ref N. ° 272).

2. ° Las arras (2. °-199 Dec. cit.).

3. ° Los bienes parofernales (3. ° 199 Dec. cit.).

4. ° Los que adquiera por herencia, donación ú otro título gratuito durante el matrimonio, acreditándose la propiedad por escritura pública ó sentencia judicial (199 id. y 2. °-1155 C.).

5. ° Los comprados ó permutados con alguno de los bienes enumerados ántes, que son de su exclusiva propiedad (5. °-199 id. y 1097 C.).

6. ° Las mejoras ó deterioros que, por solo la naturaleza ó por beneficio del tiempo tengan sus bienes exclusivos propios, sean raíces ó muebles no fungibles (1124-1125 C.).

III.

Son bienes comunes ó de ambos cónyuges:

1. ° Los frutos o productos de cualquiera clase, de los bienes propiosde cada uno de ellos (1. ° 1098 C.)

2. ° Lo que cualquiera de los cónyuges adquiera

por su trabajo, industria, profesión ú otro título oneroso (3. ○ 1098 C.).

3. ○ Lo que se compre ó permute con cualesquiera de los bienes que sean comunes (1097 y 1098 C.).

4. ○ Los productos pendientes al disolverse la sociedad, incluyendo la cría de los ganados ó de otros animales, que se hallen en el vientre; en proporción al tiempo corrido hasta el día de la disolución (1100-1104 C.).

5. ○ El valor de lo gastado en labores preparatorias para el sembrado, cuando solo eso está hecho al disolverse la sociedad, ó no se manifiesta ó aparece todavía sobre la tierra lo sembrado (1101 C.).

6. ○ El valor de los gastos de cultivo, cuando al disolverse la sociedad no aparece todavía el fruto de los árboles ó plantas (1102 C.), advirtiendo que en las plantaciones entra en los bienes comunes el valor que al disolverse la sociedad tengan las plantas sin incluirse el del terreno (1103 C.).

7. ○ El valor de las mejoras que se hagan en los bienes inmuebles propios y demás no fungibles de cualquiera de los cónyuges durante la sociedad por alguno de ellos ó por ambos; y el aumento de valor que tengan las alhajas ó bienes preciosos á causa de la nueva forma que se les dió durante el matrimonio (203 Dec. de Ref. N. ○ 272 y 1126 C.).

8. ○ Todos aquellos bienes cuya propiedad no pueda atribuirse á ninguno de los cónyuges por no constar por escritura ó sentencia la propiedad anterior al matrimonio ó adquirida después de él (1155 C.). Pero si tales bienes se compraron después de venderse otros cuyo precio no consta haberse invertido en objetos conocidos, se presume, mientras no se pruebe lo contrario, que la adquisición posterior fué hecha con el valor

de los que ántes se enajenaron (1099 C.), de modo que sustituyen en su calidad á la que tenían los vendidos.

IV.

581.—El marido es el administrador legítimo de los bienes de la sociedad conyugal, aunque sean exclusivos de la mujer, con excepción de los bienes parafernales que ella no le haya entregado para que administre (1091 y 1145 C.), respecto de los cuales la mujer tiene la administración (1144 C.). Si la mujer es menor, el marido es tutor de ella; y si él también es menor de diez y ocho años, necesita de tutor para la administración de sus bienes y los de la sociedad conyugal (419 C. y 49 Dec. de Ref. N.° 272. Como, durante el juicio de divorcio ó de nulidad del matrimonio, puede temer la mujer que desaparezcan los bienes que, en caso de declararse el divorcio ó la nulidad debería entregarle ó devolverle el marido, puede solicitar que éste asegure su conservación (188 C.); y en caso de que él se resistiere á hacerlo, el juez nombrará un administrador que tenga las mismas calidades y dé las mismas garantías que un tutor de menores (189 y 190 C.).

582.—Siendo el marido el administrador de la sociedad, puede hacer toda clase de actos ó contratos respecto de los bienes comunes, pudiendo igualmente enajenarlos porque la ley no le impone ninguna restricción como las que fija respecto de los bienes propios de la mujer: parece natural sin embargo, que no pueda hacer donaciones. En consecuencia, la sociedad es responsable con los bienes comunes por los actos del marido; y como consecuencia tambien de ser éste el admistrador, no será responsable la sociedad, es decir,

no quedarán gravados los bienes comunes por los actos ó contratos de la mujer. Se exceptúan los casos en que haya intervenido el consentimiento del marido, pues entonces equivale á que él los hubiera ejecutado (154 y 1106 C.; y también los contratos relativos al comercio que la mujer ejerza, teniendo la autorización expresa de su marido en escritura pública, ó haciéndolo públicamente sin reclamación ni protesta de él (10 y 12 Com.). Debe recordarse que la mujer casada dedicada al comercio puede hipotecar sus bienes raíces propios pero no los del marido ni los comunes, á menos que en la escritura de autorización para comerciar, haya sido facultada expresamente (11 C. Com.).

V.

583.—Los bienes comunes son los que tienen la inmediata responsabilidad de las cargas y erogaciones de la sociedad conyugal, como que siendo un aumento sobre los bienes exclusivos de los cónyuges, para que pueda decirse que lo hay en realidad, deben estar satisfechas las obligaciones legítimamente contraídas.

584.—Responde pues, la sociedad por las deudas contraídas durante el matrimonio, por el marido, ó por la mujer legítimamente autorizada 1107), Aunque por la muerte de uno de los cónyuges acaba la sociedad, todavía se reputan deudas de ésta, por el objeto á que están destinadas y por la naturaleza de las relaciones y obligaciones que hay entre los cónyuges, los gastos de funeral y luto que cause la muerte de alguno de ellos (1108 C.).

585.—La sociedad no es responsable de las deudas contraídas con anterioridad al matrimonio por cual-

quiera de los cónynges: es una deuda personal que debe cubrirse con los bienes del que la contrajo (1107 C.), del mismo modo que los créditos activos anteriores á favor de cualquiera de ellos no son bienes comunes.

586.—Tampoco queda sujeta la sociedad á la responsabilidad civil por delitos de un cónyuge, lo cual debe entenderse tanto de la indemnización de perjuicios cuanto de la multa ó condenación pecuniaria impuesta como pena. La responsabilidad en estos casos, debe ser enteramente personal como el hecho de que procede; y por lo mismo, solo podrá recaer en los bienes propios del delincuente y en la parte que le toque de los comunes (1105 C.).

VI.

587.—La sociedad conyugal termina:

1.° Por muerte de uno de los cónyuges (200 Dec. de Ref. N.° 272), pues acabando el matrimonio, no puede subsistir la sociedad de bienes que depende inmediatamente de su existencia.

2.° Por la posesión provisional que se dé de los bienes, en caso de ausencia (97 C. y 2.°-200 Dec. de Ref. N.° 272.).

3.° Por declaración de nulidad del matrimonio (3.°-200 Dec. cit.).

4.° Por divorcio (175 y C. y 4.° -200 Dec. cit.), advirtiendo que este efecto del divorcio, consecuencia de la separación de las personas, cesa por su reconciliación, de modo que si ésta tiene lugar, se restituyen las cosas al estado en que antes se hallaban, como si no hubiese existido el divorcio (179 C.).

5.° Por la separación de bienes, aunque no haya

habido divorcio (1173-1174 C.); pero si se restablece la administración del marido por mutuo consentimiento ó por autorización judicial, se regirán de nuevo los bienes del matrimonio por las mismas reglas que ántes de la separación (1181 C.).

6.° Por ser condenado en sentencia judicial alguno de los cónyuges á la pena mayor de presidio que señalan las leyes para los delitos comunes (6.°-200 Dec. de Ref. N.° 272). El artículo del Código, 1113, reformado por esta disposición, hablaba también de la pena mayor de destierro; pero no figura entre las penas que reconoce nuestro Código penal (art. 22 C. pen. y 2.° Dec. Enero 21 de 1879). La pena de presidio es de diez años (23 C. pen.).

588.—Por la legislación española, podía terminar también la sociedad conyugal por renuncia de alguno de los cónyuges. Hoy no puede terminar de ese modo porque ninguno de ellos, salvo los casos de separación de bienes, puede renunciar esta sociedad ni sus efectos (1092 C.). Esto consulta sin duda, mucho mejor á la armonía en las relaciones de marido y mujer, porque evita así las influencias y sugestiones de que podría hacerse uso para que uno de los cónyuges sacrificara sus derechos en beneficio del otro. Por razones análogas se ha establecido, como se dijo ya en otra parte, que el marido no pueda comprar de su mujer, ni ésta de aquel (1516 C.).

VII.

589.—Terminada la sociedad legal por cualquiera de los medios que admite el derecho, debe procedcrse á hacer su liquidación. Para liquidarla, se deducen en primer lugar, la dote, las arras y los bienes paraferna-

les de la mujer (1109 C.). Se deducen en seguidas, las deudas contraídas durante el matrimonio, de las que sea responsable la sociedad conyugal: después, el capital del marido; y lo que quede todavía, después de pagarse las deudas y de reintegrarse el haber de los cónyuges, son ganancias y bienes gananciales, divisibles por mitad, entre el marido y la mujer ó sus respectivos herederos (1154-1157 C.).

590.—Lo dicho procede en el supuesto de que hay bienes suficientes para pagar las deudas y el haber de los cónyuges. Si no los hubiere, de suerte que los bienes comunes no alcancen para pagar las deudas, el marido es responsable con sus propios bienes por ellas y por las hipotecas que hubiere permitido con su licencia expresa, sobre los bienes que administra la mujer (1111 C.).

591.—Si los bienes comunes son insuficientes para reintegrar á la mujer de la dote, arras y bienes parafernales, cuya enajenación hubiere hecho, ordenado ó consentido el marido, es responsable éste también con sus propios bienes (1110 C.). Y si los bienes comunes y los propios del marido no alcanzaren para reintegrar á la mujer y para pagar las otras deudas, será el caso de que, formado concurso de sus bienes, se paguen en el orden y con la pelación que establece la ley.

VIII.

592.—Antes se ha dicho ya que cuando liquidada la sociedad sobra algo, despues de pagadas las deudas y deducido el haber de los cónyuges, ese excedente constituye los bienes gananciales. Así pues, no hay gananciales sino hasta que está disuelta la sociedad y

se liquida: ántes de la liquidación, puede haber claramente aumento de bienes, pero hasta la disolución son bienes comunes y no gananciales porque, en el curso de los negocios, pueden después ocurrir pérdidas ó gastos tales que al liquidarse la sociedad no haya ganancias. Solo serán gananciales pues, los bienes que queden después de pagadas las deudas y el haber especial que cada cónyuge haya llevado al matrimonio. Si no consta en forma legal que los cónyuges hayan llevado haber especial al matrimonio, serán gananciales todos los bienes que queden después de pagadas las deudas; y si no hubiere ninguna deuda ni los cónyuges introdujeron cosa alguna, todo será ganancial con excepción de la ropa de uso, el lecho cuotidiano y el menaje ordinario de casa que corresponden á la mujer exclusivamente, aparte de sus gananciales (1156 C.).

593.—Los gananciales son divisibles por mitad entre el marido y la mujer ó sus respectivos herederos (1157 C.). Esto tendrá lugar aunque el marido y la mujer no hayan aportado al matrimonio bienes en igual cantidad: áun cuando uno de los dos no hubiere llevado absolutamente nada; y áun cuando lo que haya, se deba al trabajo exclusivo de alguno de ellos. En esto se aparta esta sociedad del contrato de sociedad común, en el cual las ganancias se dividen en proporción al capital introducido por los socios y á su industria y trabajo, y es porque aquí, á la consideración puramente de negocio, prefiere la consideración de que los partícipes han confundido su suerte, y que áun cuando en las especulaciones generalmente no intervenga más que el marido, la mujer contribuye con el cuidado de la casa y de la familia, y uno y otro tienen así un estímulo para que se excite su vigilancia y cuidado para con sus bienes recíprocos. Divisibles co-

mo son los gananciales por mitad, se aumentarán á ellos, para dividirse del mismo modo, todos los frutos que produzcan durante la proindivisión, esto es, desde que ocurra la causa de disolución de la sociedad hasta la liquidación y entrega (1162 C.). Y como por la muerte del marido acaba la sociedad conyugal, y acaba también la obligación de alimentar, se darán á la viuda, de la masa hereditaria, los alimentos que necesite; pero imputándoselos después, para deducirlo de lo que le corresponda por gananciales (1163 C.) ó por su haber particular.

594.—Solo será común de los cónyuges lo que se comprende bajo la denominación de frutos ó productos, bien sean naturales, industriales ó civiles. El tesoro no es propiamente un fruto, así es que no será común el todo ó parte del que corresponde á cada uno de los cónyuges como propietario del fundo en que fué descubierto; pero sí lo que le corresponda como descubridor.

595.—Por ministerio de la ley queda constituida la sociedad legal entre los cónyuges desde que se celebra el matrimonio, así es que al disolverse la sociedad tienen derecho á la mitad de todas las ganancias habidas en el tiempo intermedio. Hay casos sin embargo, en que la mujer pierde total ó parcialmente su derecho á los gananciales.

596.—Lo pierde principalmente en los casos siguientes: 1. ° Si no quiere ir á habitar en casa del marido, y contra su voluntad permanece en cualquiera otra, pues no tendría participación en las ganancias habidas en ese tiempo (1158 C.): 2. ° Si abandona la casa del marido, que tampoco tendrá gananciales por el tiempo que dura la separación (1159 C.). Se fundan estos casos en que la vida común de los cónyuges es lo que principalmente motiva la sociedad legal, y como la mujer, separada del marido, no contribuye de

ningún modo, material ni moralmente, no debe tener derecho á los gananciales, tanto más que el quitárselo es un medio indirecto para hacer que cumpla con su deber. Por lo mismo, no tendrá lugar la pérdida, si la mujer prueba alguna justa causa en virtud de la cual pueda autorizársela para estar fuera de la casa conyugal mientras aquella no desaparezca (1º 1160 C.). Tampoco tendrá lugar la pérdida, si hay reconciliación posterior de los cónyuges, porque ésta destruye los efectos perjudiciales anteriores (20-1160 C.).

597.—Pierde totalmente la mujer su derecho á los gananciales por adulterio judicialmente declarado (1161 C.); y esto, para no dar participación en las ventajas de la sociedad, á la que falta al primero y más trascendental de los deberes de ella. Y como la acusación de adulterio no puede iniciarse sino á instancia del marido, si éste ha muerto sin hacerla, la viuda no podrá ser privada de su derecho á los gananciales, porque los herederos no pueden comenzar la acusación (283 Pen.), ni pueden tampoco iniciar juicio civil en que se pruebe el adulterio para el solo efecto de la pérdida de los gananciales, porque sería darles, por simple materia de interés pecuiario, el derecho de hacer pública la deshonra del marido llevando á los tribunales un asunto que él no quiso llevar si, como es probable, no lo ignoraba.

598.—Para concluir, parece bueno hacer notar que, cuando el matrimonio es celebrado entre guatemalteca y extranjero, ó al contrario, y las leyes del país del extranjero no establecen la sociedad legal, serán sin embargo divisibles aquí los raíces situados en territorio de esta República, conforme al derecho internacional privado, en consonancia con el cual el art. 20 del Tratado celebrado en Lima, para establecer reglas uniformes sobre diversos puntos de conflicto, establece que

en la sucesión de un extranjero tendrán los nacionales, á título de herencia, de porción conyugal ó de alimentos, los mismos derechos que, según la legislación del Estado, les corresponderían sobre la sucesión de otro nacional; y que los harán efectivos sobre los bienes existentes en el país.

PARRAFO SEGUNDO.

DE LA DOTE.

599.—Los bienes propios de la mujer en la sociedad conyugal, pueden ser *dotales*, *parafernales* ó *arras*. Con el nombre de dote ó bienes dotales, se conocen *todos los que aporta la mujer al matrimonio, y entrega al marido para sostener sus cargas* (1114 C.) Puede consistir en cualesquiera cosas que produzcan utilidad y tengan valor, sean bienes inmuebles ó muebles; fungibles ó no fungibles (1117 C.), y se distingue de los bienes parafernales en que en estos últimos no es el marido sino la mujer quien tiene la administración. Puede constituirse la dote ántes de la celebración del matrimonio ó durante él, mediante escritura pública (1115 C.). Deben examinarse en esta materia: 1.° las divisiones que puedan hacerse de la dote; 2°. los derechos del marido en los bienes dotales: 3.° los derechos de la mujer en los mismos bienes; y 4.° la restitución de la dote.

I.

600.—En el derecho español se hacían diferentes divisiones de la dote. Atendiendo á la procedencia de los

bienes, se dividía en *profecticia*, *adventicia* y *mixta;* división que, si entónces carecía de verdadera importancia, hoy es enteramente inútil. Se dividía también en *estimada* é *inestimada*, según que se habían estimado ó nó los bienes y que, en virtud de eso, el marido fuera responsable por ellos mismos ó solo por su valor. En rigor, tampoco subsiste hoy esta división porque los bienes dotales deben tasarse siempre y constar su valor por la carta dotal (1118 C.); y porque, tratándose de cierta clase de bienes, el marido está obligado á restituir los mismos aunque se hayan estimado. En vez de esa división, sería más propio hacer hoy la de dote *fungible* y dote *no fungible*, según los bienes en que consista, porque de allí se derivan efectos importantes.

601.—La dote se dividía también en *voluntaria* y *necesaria*, según que la persona que la daba, tenía ó nó por la ley, obligación de constituirla. Entre nosotros, áun rigiendo las leyes españolas, jamás estuvo en las costumbres el derecho de las hijas de exigir que sus padres las dotaran. Mas el Código sí reconocía la existencia de la dote necesaria porque consignaba que está obligado á la evicción y saneamiento el que enajena algo por título oneroso, como dote necesaria (693 C.), aunque ya ese ejemplo se suprimió en la reforma (128 Dec. de Ref. N.° 272); y el artículo 295 del Código penal establece que los reos de violación, estupro ó rapto serán condenados á dotar á la ofendida si fuere soltera ó viuda. Esta dote sin embargo, no es propiamente más que una indemnización, que se calcula según las circunstancias del ofensor y de la ofendida, y no verdadera dote porque es independiente de que aquella contraiga ó no matrimonio.

602.—Si alguno se compromete á dotar á alguna mujer, la dote solo podrá llamarse necesaria en el concep-

to de que podrá ser compelido á entregarla cumpliendo con aquello á que voluntariamente se quiso obligar. Así pues, la única división de interés es la de la dote en *fungible* y *no fungible*, según que consista en bienes de una ó de otra especie. En la primera, el marido hace suyos los bienes dotales, siendo solo responsable de su valor porque no se puede administrar sin consumir (1121 C.), y porque en estos bienes, dar otro tanto igual á lo recibido en cantidad y en calidad, equivale á dar lo mismo recibido. En la segunda, la mujer conserva el dominio, porque el marido puede administrar sin consumir (202 Dec. de Ref. núm. 272) todos los bienes que no sean fungibles, aunque no sean precisamente alhajas, muebles ó cosas de valor, como decía el artículo del Código.

II.

603.—El marido administra los bienes dotales como administrador de la sociedad legal, y percibe los frutos de ellos, los cuales corresponden á la misma sociedad desde el día en que se celebra el matrimonio (1116 C.), porque á la existencia de éste se refiere la existencia y derechos de la dote.

604.—Si los bienes son fungibles, el marido puede enajenarlos, como que es dueño de ellos (1121 C.). Si no son fungibles, no puede enajenarlos, hipotecarlos ni empeñarlos sin consentimiento de la muger, por que ésta conserva su dominio (202.-205 Dec. de Ref. N. ° 272.). Solo dos casos de excepción consigna la ley en que el marido puede enajenar esos bienes áun sin el consentimiento de de la mujer, y son: 1. ° cuando la enajenación sea indispensable para alimentar á la

familia por no haber otros bienes de que disponer (1129 C.); y 2.° cuando se trate de un inmueble que esté proindiviso con un tercero y no admita cómoda división (1130 C.). En este caso, el precio que sustituya á la dote, debe asegurarse en escritura pública en la misma forma en que se asegura la dote.

605.—Se ha dicho que el marido no puede enajenar la dote no fungible, sin consentimiento de la mujer. De los términos del artículo del código (1128), no aparecía que pudiera hacerlo con el consentimiento de ella; pero la doctrina que así lo establecía era legal porque la mujer puede enajenarla con licencia y autorización del marido (47 Dec. de Ref. N.° 272), y da lo mismo que la enajenación la haga éste con el consentimiento de la mujer. Además, los bienes parafernales que están equiparados en todo con los dotales, puede enajenarlos ó hipotecarlos el marido, con el consentimiento de la mujer; y en el caso de que tenga lugar así la enajenación, la mujer ó sus herederos solo tendrán derecho á que se les pague su valor por el marido ó sus herederos como sucede con los bienes parafernales. Hoy esa doctrina está claramente establecida en los artículos citados del Dec. de reformas.

606.—El marido es responsable de las prescripciones ó deterioros que por su negligencia hayan sobrevenido á los bienes dotales (1137 C.), debiendo tenerse presente que uno de los cónyuges no puede adquirir por prescripción lo que pertenece al otro.

III.

607.—La ley establece hipoteca legal á favor de la mujer sobre todos los bienes del marido, ó sobre los

que basten para garantizar la misma dote (1122–2050 C.). La mujer tiene derecho: 1.° de que se inscriban en nombre de ella todos los bienes raíces y derechos reales que lleva al matrimonio: 2.° de que el marido le asegure con hipoteca especial suficiente el valor de los bienes muebles que llevare, fungibles ó no fungibles. Por medio de una nota se hace constar en el Registro que han sido aportados por la mujer al matrimonio los bienes que ya estuvieren inscritos á nombre de ella misma (295 Dec. de Ref. N.° 272.). Y si el marido careciere de bienes en que constituir hipoteca por los bienes no inmuebles aportados por la mujer al matrimonio, queda obligado á constituirla sobre los primeros bienes raíces ó derechos reales que adquiera, pero sin que esta obligación pueda perjudicar á tercero mientras no se inscriba la hipoteca (2055 C.). Respecto de los bienes raíces y derechos reales, la mujer queda asegurada con que se inscriban á su nombre, como el hijo por los de su peculio (2056 C.).

608.—Cuando el marido, durante el matrimonio, disipa la dote ó malversa sus propios bienes, tiene la mujer, para quedar á cubierto del caso de insolvencia, el derecho de recobrarla, si la hipoteca que la garantiza no es bastante y el marido no da fianza (1123 C); y esta acción se ventila en juicio sumario (6º 1029 C. pr.). Tiene también acción la mujer, y se ventila en juicio sumario, para exigir del marido que no hubiere constituido hipoteca dotal, y comenzare á dilapidar sus bienes, que éstos se pongan en administración ó depósito, ó que se le entreguen (8º 1029 C. pr.).

609.—Cuando los bienes dotales se han enajenado con el consentimiento de la mujer, se ha dicho que su derecho se reduce á cobrar del marido ó sus herederos, su valor. Cuando la enajenación no se ha hecho con el consentimiento de la mujer, ni ha sido indispensa-

ble para alimentar á la familia ó para hacer cesar la indivisión, la mujer tiene acción personal contra el marido ó sus herederos por el valor de los bienes enajenados (1132 C.), y tiene acción real contra cualquier tercer poseedor para recobrar los mismos inmuebles dotales enajenados (206 Dec. de Ref. Nº 272). Puede entablar de estas acciones la que mejor le parezca, en el concepto de que el ejercicio de la una no perjudica al de la otra. Si se dirigió primero contra el tercer poseedor, y después le parece mejor dirigirse contra el marido, ó resulta insuficiente el derecho contra el tercer poseedor, es libre para hacerlo (1132 C.). Si se dirigió primero contra el marido y no logró ser pagada íntegramente, por el todo ó por la parte que falte puede dirigirse contra el tercer poseedor (1133 C.).

610.—En caso de concurso del marido, la dote no fungible consistente en objetos cuya propiedad queda en la mujer, se saca en primer lugar á favor de ésta, porque es dueña de ella, y debe tenerse como identidad (357 Dec. de Ref. Nº 272 y 1425 C. pr. y 1.° 1259 C. Com.). Si la dote era fungible, ó el marido es responsable del valor y se constituyó debidamente la hipoteca legal, el crédito de la mujer será hipotecario y no tendrá tampoco que entrar al concurso (357 Dec. cit.), si no es por la parte que no se haya podido pagar con los bienes hipotecados (2419 C.). Si no se constituyó hipoteca, ó no fué registrada, entrará al concurso como acreedora escrituraria en virtud de instrumento público de constitución de dote, advirtiendo que la dote meramente confesada y en que no hay fe de entrega, no es tal; y se cobrará por la mujer ó sus herederos lo mismo que las demás deudas del marido, si se comprueba por otros medios fuera de la confesión (1136 C.). No habiendo otra prueba bastante, fuera del caso de concurso, parece natural que la dote confesada se ten-

ga como arras, si fué anterior al matrimonio: como donación, si fué durante él; y como legado, si fué hecha en testamento.

611.—Concurriendo las reclamaciónes de dos ó más dotes, si son no fungibles, cada cual se paga con los bienes en que consista; si son fungibles, ó se han enajenado los bienes con consentimiento de la mujer, se pagan con los bienes hipotecados, por orden de antigüedad. Al hacerse liquidación de la sociedad conyugal, la responsabilidad del marido por una dote anterior no podrá hacerse efectiva en la parte de gananciales que corresponde á la otra mujer, por no ser esos bienes propios del marido.

VI.

612.—Concluida la sociedad conyugal por cualquiera de las causas que establece la ley, falta el objeto de la dote y debe por consiguiente, ser restituida por el marido ó sus herederos á la mujer ó sus herederos. Esta restitución se hace devolviendo los mismos bienes dotales no fungibles; y pagando el valor de los fungibles y el de los no fungibles cuando no puedan devolverse ni recobrarse los mismos bienes (1134-1135 C.). Mas esto no altera los derechos que el padre ó la madre tengan para administrar los bienes de los hijos, herederos del otro cónyuge, y percibir sus frutos mientras dure la patria potestad, de modo que entonces no hay que hacer la devolución.

613.—Ni el marido ni sus herederos son responsables de la restitución de la dote, si los bienes en que consisten se pierden ó destruyen por accidente que no les sea imputable (1112 C.): lo cual, entendido respecto de la dote no fungible, es una consecuencia de

que la mujer conserva el dominio y de que las cosas perecen ó se destruyen para su dueño. Respecto de aumentos ó menoscabos, los que provienen de la naturaleza ó del transcurso del tiempo corresponden á la mujer que conserve el dominio de los no fungibles (203 Dec. de Ref. N.° 272.), y son comunes el valor de las mejoras hechas por uno ó ambos durante la sociedad, y el aumento por la nueva forma dada á los bienes (204 id.).

614.—El Código no fijaba el plazo en que debía hacerse la devolución de la dote; era conveniente hacerlo, y así los artículos 213 y 214 del Dec. Ref. N.° 272 establecen que la dote fungible debe restituirse á los treinta días contados desde la disolución de la sociedad conyugal, y á los seis meses la que consiste en bienes no fungibles. Si la disolución tiene lugar á con secuencia de la muerte del marido, la reclamación debe hacerse en el juicio universal como la de todos los demás créditos de la testamentaría.

615.—Cuando el marido debe restituir á la mujer la dote, parece natural que tenga el beneficio de competencia.

PARRAFO TERCERO.

DE LOS BIENES PARAFERNALES.

616.—*Parafernales* ó *extradotales* se llaman *todos los bienes que lleva la mujer al matrimonio no comprendidos en la dote; ó que después de constituida ésta, adquiere durante el matrimonio, á título de donación, herencia ú otro cualquiera gratuito* (1142-1143 C.). Se diferencia esencialmente la dote de los

bienes parafernales en que la administración de la dote corresponde de derecho al marido, mientras que en los bienes parafernales, la mujer tiene la administración (1144 C.), de modo que además de ser dueña es administradora. Por lo demás, los frutos que producen los bienes parafernales pertenecen á la sociedad conyugal como todos los frutos de los bienes comunes.

617.—La mujer tiene derecho de administrar los bienes parafernales; pero esa administración no se extiende á poder enajenarlos, ni hipotecarlos, ni aparecer en juicio como demandante ó demandada por razón de ellos (207 Dec. de Ref. N.° 272), porque el buen orden y la unidad en la sociedad del matrimonio hacen que para esos actos de trascendencia sea indispensable el concurso del jefe de la familia, ó en falta del consentimiento de éste, la autorización del Juez (156-1147 C.). Se ha dicho que no puede parecer en juicio, porque aunque el artículo del Código decía, *como demandada*, la misma ó mayor razón hay si es actora; y hay otro artículo (153 C.) que habla en general de la presentación en juicio, por lo cual el Dec. de Ref. citado hizo la modificación en ese sentido.

618.—Si la mujer casada mayor de edad ejerce el comercio con autorización expresa del marido en escritura pública, quedan responsables sus bienes dotales y parafernales y los derechos de ambos cónyuges en la sociedad: si lo ejerce por estar divorciada ó separada de bienes, quedan obligados solo los bienes propios de la mujer (10 C. com.). La mujer casada puede hipotecar sus bienes raíces parafernales para seguridad de sus obligaciones mercantiles.

619.—La mujer que puede administrar los bienes parafernales, puede también, si le parece, entregarlos al marido, en todo ó en parte, para que él los admistre; y como entonces esta administración depende solo de

la voluntad de la mujer, cesará cuando ella lo quiera (1145 C.). La administración del marido no se extiende á poder enajenar ni hipotecar los bienes parafernales sin el consentimiento de la mujer, porque no es dueño de ellos, de suerte que la mujer puede pedir la nulidad de la enajenación ó hipoteca (1149 C.), recobrar los inmuebles de tercer poseedor ó recobrar del marido su importe, lo mismo que sucede respecto de los bienes dotales (206 Dec. de Ref. N.° 272-1132, 1133 y 1150 C.).

620.—Si el marido enajena, con el consentimiento de la mujer, los bienes parafernales; ó los bienes de que dispuso son muebles cuya propiedad no puede constar auténticamente por un registro, la mujer ó sus herederos solo tendrán derecho á que se les pague su valor por el marido ó sus herederos (1151 C.). El Código no exceptuaba expresamente los casos en que la enajenación sea indispensable para mantener á la familia ó por indivisión; pero parece natural y lógico aplicar á los parafernales lo que sobre el particular se establece para los dotales, y así se consignó en el Dec. de Ref. N.° 272 (art. 208.).

621.—Para seguridad de los bienes parafernales que administra el marido, la mujer tiene derecho de exigir que el marido constituya sobre sus bienes hipoteca que se registre debidamente (1152-2050 C.). Si durante el matrimonio disipa el marido sus propios bienes, ó los parafernales de la mujer, ésta tiene derecho de recobrarlos, áun cuando el marido preste fianza ó la hipoteca sea suficiente, puesto que depende exclusivamente de su voluntad.

622.—Cuando los bienes parafernales son raíces y existen, se restituyen á la mujer en virtud de su dominio, independientemente de concurso ó de cualquier otro hecho, con tal que su calidad y recibo consten

de escritura pública (1. ° -1425 C. pr. y 1. ° -1259 C. Com.). Si lo que debe cobrarse del marido es el valor de los bienes, la mujer se paga conforme á su hipoteca.

623.—Si el marido administra los bienes parafernales, cesa en su administración y debe restituirlos desde que acaba la sociedad conyugal, en los mismos términos que los dotales, no teniendo responsabilidad si se pierden ó destruyen por accidente no imputable á él ó sus herederos.

624.—Acerca de los aumentos ó menoscabos de los bienes parafernales, hay diferencia según que los administre el marido ó la mujer. Si administra la mujer, todos le corresponden á ella sin distinción; y si es el marido, se aplican los mismos principios que rigen sobre el particular para los bienes dotales (1153 C.).

PARRAFO TERCERO.

625.—Bajo el nombre de *arras* se comprende *lo que el esposo da á la esposa por razón de matrimonio* (1138 C.), donación que en otros Códigos se llama *donación esponsalicia ó donación propter nuptias.* Las arras se constituyen antes de la celebración del matrimonio, porque después serían ya una donación entre cónyuges, que no permite la ley (1. ° -743 C.). Tienen respicencia siempre al matrimonio y por lo mismo, la esposa no las hace suyas sino hasta que éste se verifica (1140 C.); y no llegando á efectuarse, puede el marido exigir su devolución (117 C.). Puede también reclamarlas cuando la mujer haya dado causa al divorcio por adulterio, sevicia, atentado contra la vida del otro cónyuge ú otro crímen de igual gravedad (174 C.)

626—Las arras se rigen en todo lo demás enteramente por las mismas reglas que los bienes parafernales (1141 C.).

TITULO DECIMO SETIMO.

DEL MANDATO.

627.—*El mandato* es un *contrato consensual mediante el cual una persona se hace cargo de la gestión de uno ó más negocios de otra que se la encomienda*, *por cuenta y riesgo de ésta* (fr. 1.ª 2184). La persona que confiere el encargo se llama en general, *mandante* y también, *comitente* ó *poderdante:* la que lo acepta, *mandatario*, *apoderado* ó *procurador;* y cuando el encargo se confiere por escrito, el documento en que consta se llama *poder* (fr. últ. 2184 C. y 318 Dec. de Ref. N.º 272). Tiene su orígen este contrato en la imposibilidad de que una persona atienda siempre personalmente todos sus negocios; y, lo mismo que el depósito, es un contrato de confianza porque se basa principalmente en la que el mandante hace del mandatario para que tenga su representación en sus negocios. Respecto de este contrato, es oportuno examinar: 1.º su naturaleza y divisiones: 2.º quiénes pueden ser mandantes y quienes mandatarios: 3.º cuáles son las obligaciones del mandante; y 4.º de qué manera acaba el mandato.

I.

628.—El mandato es un contrato que requiere encargo de parte del que lo constituye, y aceptación de

parte de aquel á quien se confía. Se distingue del cuasi contrato de *gestión de negocios* en que en éste no existe el encargo conferido por el mandante. Se diferencia de la *órden* que una persona que tiene derecho de mandar á otra, le da para que ejecute alguna cosa, en que el mandato requiere la aceptación del mandatario; y éste es libre para aceptar ó rehusar la comisión que se le da (2185-2195 C.). Por último, se diferencia del consejo, en que por éste, solo se procura persuadir á otro para que haga alguna cosa, generalmente en beneficio de aquel á quien se da; y de la *recomendación*, que de ordinario tiene en mira el beneficio de un tercero, en que ni aparece en ella la intención de obligarse ni el derecho de exigir que se haga lo que se recomienda.

629.—Este contrato no requiere la entrega de ninguna cosa para su subsistencia, y en este sentido se llama consensual. Es estrictamente tal, cuando no se trata de negocios judiciales ni el objeto del asunto extrajudicial excede de quinientos pesos ó recae sobre bienes inmuebles; y son enteramente libres los contrayentes para celebrarlo por escritura pública ó privada, de palabra ó por cartas entre presentes, y entre ausentes (318 Dec. de Ref. N.° 272). Si los negocios son judiciales y su cuantía excede de doscientos pesos, debe constar el encargo precisamente en escritura pública (34 Dec. de Ref. N.° 273): deberá constar también en escritura pública si el apoderado debe hacer sobre bienes raíces alguno de los contratos que la exigen (1402C.); y deberá constar por escritura pública ó por escritura privada, siempre que no siendo ninguno de los casos mencionados, el interés del negocio exceda de quinientos pesos (234 y 318 Dec. de Ref. N.° 272). Doscientos pesos era el límite que fijaba el artículo 2187 del Código; pero esto que es exacto respecto de los ne-

gocios judiciales porque cuando exceden de doscientos pesos ya se ventilan ante los jueces de primera instancia, era inadmisible respecto de los negocios extrajudiciales, porque no hay razón para que solo en el mandato sea de doscientos pesos el límite cuando en todos los demás es de quinientos, por lo cual se hizo esa modificación en el Decreto de reformas. Para enajenar, hipotecar, afianzar, donar, transigir ó disponer de cualquier otro modo de la proqiedad del mandante, y para todos los demás actos en que la ley lo requiera, se necesita conforme á otra disposición, que haya cláusula especial expresa por escritura pública (219 Dec. de Ref. N. ° 272), y aunque sus términos generales dan lugar á diversas interpretaciones debe entenderse, para guardar consecuencia, que se refiere á los casos en que tales actos han de recaer sobre bienes raíces, ó cuando el valor exceda de quinientos pesos.

630.—Como ya se ha dicho, el contrato requiere esencialmente la aceptación del mandatario y esta aceptación puede ser *expresa* ó *tácita*. Expresa, cuando se ha manifestado de un modo terminante; y tácita, cuando va significada por cualquier hecho de ejecución del mandato.

631.—Por regla general, el mandato se entiende siempre gratuito; pero es admisible legalmente el convenio en contrario, mediante el cual se pacte alguna recompensa ó remuneración (2193 C.); y ni áun será necesario pactarla, cuando se refiere á comisiones que siempre llevan anexa esa remuneración, como la procuración de negocios judiciales.

632.—El mandato puede ser *judicial* ó *extrajudicial*, según que se dé para asuntos de una ú otra clase. De las particularidades del mandato judicial se trata en el Código de procedimientos, así es que lo que es propio de este lugar, es lo que se refiere al mandato extraju-

dicial y los principios que son comunes á toda clase de mandato.

633.—El mandato puede ser *general* y *especial.* General, el que se da para todos los negocios, y puede comprender solo los judiciales ó los extrajudiciales, ó los unos y los otros; y especial, el que se da precisamente para alguno ó algunos negocios determinados. Sea general ó especial, el poder puede estar formulado en términos generales acerca de las facultades que da el mandante, ó contener cláusula ó autorización especial respecto de ellas. Si el encargo para un negocio se hace en términos generales sin precisar especiales facultades, el mandatario en virtud de él solo queda autorizado para actos de pura administración (2189 C.), porque no debe permitirse que por solas expresiones vagas y generales se entienda conferida facultad para otros actos de mayor trascendencia, así que tal mandatario no podrá disponer de ningún modo de la propiedad del mandante y solo podrá, por ejemplo, dar en arrendamiento, recoger las cosechas, vender los frutos, tomar posesión por el mandante (4. ° -528 C.).

634.—Si el poder está concebido en términos generales, pero contiene la cláusula de *franca y libre administración del mandatario*, éste en virtud de ella podrá ejecutar además aquellos actos para los que la ley declara suficiente esa cláusula (2191 C.), de los cuales no se encuentra que registre otro el Código fuera de la novación (2341 C.). Por último, si el mandato detalla facultades especiales, quedan autorizados los actos á que ellas se refieren. Se necesita siempre cláusula ó facultad especial para enajenar (1527 C. y 319 Dec. de Ref. N. ° 272) y para hipotecar, afianzar, donar, transigir ó disponer de cualquier otro modo de la propiedad del mandante (1829 C.). Se necesita también facultad especial para abandonar la cosa asegu-

rada (1887 C.), para remitir ó perdonar la deuda (2316 C.), para sustituir el poder, nombrar árbitros y recibir cantidades, aprobar liquidaciones y cuentas y otorgar escrituras de cualquiera clase que sean 1. °, 4. ° y 8. °-135 Pr.). Para el mandato de contraer matrimonio, se necesita no solo facultad especial, sino que también se determine en el poder la persona con quien ha de verificarse (136 C.).

635.—Cuando se requiere autorización especial para algunos actos, no se entiende suplida porque el mandante haya consignado en el poder que faculta al mandatario para obrar del modo que le parezca más conveniente. Tal facultad solo comprenderá la de hacer lo que por una parte no exija cláusula especial, y por otra no altere la sustancia del mandato (2190 C.).

636.—En algunas legislaciones cabe la división del mandato en expreso y tácito, siendo este último el que se constituye por la aquiescencia tácita de una persona á la gestión de sus negocios por otros. Entre nosotros, no alcanza á fundar esa división la circunstancia de que uno de los artículos modificados hoy (2192 C.), consignara que para ciertos actos se requiere que el encargo conste expresamente, pues en otro (2187 C.), al mencionarse los modos de constituirse no se requiere ésto; y además parece claro que la palabra *expresamente* debía ser sustituida por la de *especialmente.*

II.

637.—Pueden constituir mandatario todos aquellos que tienen la libre disposición de sus bienes, de modo que no podrán hacerlo aquellos que carecen de ella, como los menores, los incapaces, la mujer casada &

porque el que no tiene facultad para ejercer un acto por sí, menos puede transferirla á otro. Mandatario puede ser solo el que tiene capacidad para obligarse á sí mismo (2194 C.), porque sería extraño que el que no tiene capacidad personal la tuviera para ejecutar actos en representación de otro. Puede sin dificultad haber uno ó más mandantes y uno ó más mandatarios.

III.

638.—Las obligaciones del mandatario son las siguientes:

1.ª Desempeñar el mandato que hubiere admitido, mientras dure el encargo y no se revoque (1º-2196 C.). Esta obligación es consecuencia inmediata de la aceptación del mandato. El mandatario es enteramente libre para aceptar ó no el encargo que se le da; pero una vez aceptado, tiene que cumplirlo; y de lo contrario, queda responsable de los daños y perjuicios que resulten de la inejecución. Como doctrina análoga, ha de tenerse presente que el artículo 65 del Cód. de Com. establece que el comisionista es libre para aceptar ó no el encargo, pero si lo rehusa, ha de avisarlo al comitente por el correo más próximo al día en que recibió la comisión, so pena de daños y perjuicios. El artículo 66 determina que aunque el comisionista rehuse el encargo, tiene que practicar las diligencias necesarias para la conservación de los efectos que haya remitido hasta la constitución de nuevo encargado.

2.ª Concluir el negocio ó encargo que estuviere empezado á la muerte del mandante; y por eso se consigna esta obligación especial para que con motivo de esa circunstancia no se perjudiquen los interes del que confirió el encargo ó de su representación (2º 2196 C.).

3. ª Sujetarse á las instrucciones que hubiere recido del mandante (4. º -2196 C.), porque dueño como es éste del negocio, le corresponde fijar las bases sobre las que ha de desempeñarse el encargo, y el que acepta la comisión, tiene que sujetarse á ellas.

4. ª Dar cuentas de su administración (5º-2126 C.), obligación que es común á todos los que manejan negocios ó administran bienes de otro como el tutor, el albacea, el gestor, &, porque las cuentas son indispensables para formarse juicio de la administración y para conocer lo que debe reclamarse ó entregarse á consecuencia de ellas.

5. ª Responder de las pérdidas y perjuicios que cause al mandante por dolo ó culpa en el manejo de los negocios (3. º -2196 C.). Acerca de la responsabilidad de los perjuicios causados por dolo, ninguna dificultad puede caber. Respecto de la culpa, se establecía que el mandatario está obligado á responder, siempre por la culpa lata; y por la leve, solo cuando recibe salario (2197 C.); ó lo que es lo mismo, que generalmente solo responde por la omisión de aquellas precauciones ó diligencias que emplean los hombres menos cautos y avisados; y solo cuando recibe salario, tiene que poner la diligencia que emplea ordinariamente en sus negocios un cuidadoso padre de familia. Aunque esto se halla en armonía con los principios generales del Código para la prestación de culpa, no es sin embargo lo que corresponde á la naturaleza del mandato, que es un contrato de confianza en que el mandante descansa en el cuidado y actividad del mandatario, así es que la culpa que generalmente debiera prestarse sería la leve, y cuando se recibe salario la levísima, y así lo establece hoy el artículo 320 del Dec. de Ref. N. º 272: en virtud de esa culpa, el mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución sea mani-

fiestamente perniciosa al mandante, antes de consultar.

6. ª No emplear en su utilidad las sumas que ha recibido del mandante ó por su cuenta (2198 C.), por que eso sería distraer en su provecho cantidades que pertenecen á otros. Si el mandatario falta á su obligación en este particular, responde de los daños y perjuicios que sobrevengan al mandante por falta de fondos, y queda sujeto á la pena de estafa (5. º-274 C. pen.).

7. º No comprar por sí ni por medio de otro los bienes que están á su cargo, ni tomarlos en locación ó en arriendo, á no ser con expreso consentimiento del mandante (3. º-1517-1673 C.); y esto con el objeto de evitar que, abusando de su calidad de mandatario, se aproveche de esos contratos en perjuicio del mandante, por lo cual se exceptuó el caso del permiso expreso de éste.

8. º Desempeñar personalmente el encargo que se le hace, á no ser que se le haya facultado para sustituirlo (fr. 1. ª-2199 C.), porque la base del mandato es la confianza del mandante en las cualidades y circunstancias personales del mandatario. Si lo sustituye sin facultad, es responsable de las faltas del sustituto (fr. 2. ª-2199 C.); y aunque esto da á entender que valía la sustitución, más natural parece que pueda pedir el mandante también la nulidad, puesto que para sustituir se necesita facultad especial, como que el artículo del Código de procedimientos (1.º 135), habla expresamente de apoderados y procuradores, y así la responsabilidad había de ser por los daños y perjuicios causados al mandante. Cuando en el mandato se confiere la facultad especial de sustituir, sin designársele la persona en quien ha de hacerlo, el mandatario puede verificarlo en cualquiera persona que sea idonea, quedando personalmente responsable si lo

hizo en alguno notoriamente incapaz porque esto es faltar á la diligencia que estaba obligado á prestar (2201 C.). Si además de darse al mandatario facultad de sustituir, se le ha designado la persona en quien debe hacerlo, y así lo verificó, cualquiera que ella sea, queda exento de toda responsabilidad (2200 C.), pues entonces no hay culpa que pueda imputársele ya que estrictamente se sujetó á los términos del mandato.

639.—Según se ha indicado antes, pueden constituirse dos ó más mandatarios para un mismo negocio. En ese caso, si el mandante ha dividido la gestión, cada uno debe limitarse á los actos que conforme á esa división le toca ejecutar: si el mandante ha dispuesto que en todo hayan de proceder de consuno, será nulo lo que hicieren separadamente contraviniendo á esa prevención; y si nada se dispuso en uno ni en otro sentido, pueden dividirse entre sí la gestión (2202 C.).

640.—El mandatario está obligado también á entregar ó abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, áun cuando lo recibido no se debiera al mandante, pues él no debe lucrarse con pretexto de la comisión, y la acción de paga indebida, en su caso, se dirigirá contra el mandante. Del mismo modo, si ha realizado el encargo con mayor beneficio ó menor gravámen que los designados por el mandante, no puede apropiarse lo que exceda del beneficio ó disminuya el gravámen sino entregarlo al mandante.

641.—Como es natural, del mandato una vez aceptado, resulta acción contra el mandatario para exigir que lo desempeñe; y concluido, para que se den cuentas y se restituya al mandante todo lo que le corresponda.

IV.

642.—Las obligaciones del mandante son las siguientes:

1. ª Cumplir estrictamente todas las obligaciones que hubiere contraído el mandatario con arreglo al poder (3. ° 2203 C.), porque lo mismo da contraerlas directa y personalmente por sí, ó por medio de otro debidamente autorizado. Mas si el mandatario se ha excedido de las facultades contenidas en el poder, vendiendo, por ejemplo, cuando no tenía autorización para vender; ó vendiendo por precio inferior al que precisamente se le había fijado, no hay obligación del mandante de estar á lo que así se haya hecho (2204 C.). Los que contrataron con el mandatario en tal caso, no pueden quejarse con razón, porque ante todo, debieron cerciorarse de la extensión y términos del poder, y si no lo hicieron, á ellos mismos deben imputárselo. El mandante sin embargo, tiene facultad para ratificar lo hecho por el mandatario que se excedió de los lìmites del mandato, del mismo modo que puede ratificar lo hecho en su nombre por quien carecía de poder; y una vez ratificado expresa ó tácitamente, queda obligado en virtud de la ratificación. Para la debida claridad en el particular, debe explicarse que el mandatario traspasa los límites del mandato cuando lo ejecuta bajo condiciones más onerosas; pero no cuando por el contrario, son más favorables, lo cual arguye más bien en pró de su empeño y diligencia por los intereses del mandante. Es traspasar los límites del mandato hacer cosa diversa de la que se encargó; pero no lo será ejecutar todas aquellas que aunque no se hayan

expresado al constituir el mandato, sean indispensables para su ejecución. La recta ejecución del mandato, comprende no solo la sustancia del negocio, sino los medios por los que el mandante ha querido que se lleve á cabo; pero no excederá los límites del encargo el mandatario que por necesidad emplea medios equivalentes, si se obtiene también así el objeto del mandato.

2. ᵃ Satisfacer al mandatario, todas las anticipaciones y gastos que haya hecho para el desempeño del mandato, los intereses legales de las anticipaciones y los salarios estipulados (1. ° -1213 C.). Todo esto comprende la acción que, desempeñado el mandato, resulta al mandatario contra el mandante, y éste no se podrá eximir de hacer ninguno de los pagos mencionados, aunque el negocio no haya tenido buen éxito siempre que no haya habido dolo ni culpa de parte del mandatario (2205 C.). Al dolo y á la culpa es á lo que éste se halla obligado: lo que sea independiente de esto, es de cuenta del mandante en cuyo interés se hace el negocio y quien debe soportar los resultados ó accidentes de las negociaciones hechas en su nombre.

3. ᵃ Indemnizar al mandatario las pérdidas sufridas por causa del mandato (2. ° -2203 C.). Como no se hace distinción, debe entenderse que el mandante tendrá que indemnizar todas las pérdidas que el mandatario sufra, sea cual fuere el motivo, con tal que sea á causa del mandato; pero naturalmente debe exceptuarse, aunque no se exprese, el caso en que la pérdida haya provenido de culpa ó imprudencia del mandatario, ya que no sería justo de ningún modo que otro que no fuese este mismo, sufriese las consecuencias de ella.

643.—El mandante deberá además proveer al mandatario de lo indispensable para la ejecución del mandato, cuando por su constitución ó por convenio re-

sulte que así debía hacerse. Cuando el mandato ha sido constituido por muchas personas para un negocio común, cada una de ellas queda obligada solidariamente por los efectos del mandato (2206 C.). Esta excepción al principio general de que la mancomunidad no se presume si no se expresa, se funda en que todos los mandantes reciben el beneficio en común, y la solidaridad se exige aquí para asegurar cumplidamente la ejecución de todas las obligaciones contraídas para con el mandatario, y ponerlo á cubierto de los pretextos que pudiese invocar el interés personal de alguno de los mandantes en un negocio que debe suponerse basado especialmente en la confianza y buena fe. Para la seguridad de las prestaciones á que el mandante está obligado respecto del mandatario, puede éste retener los efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante (2207 C.); y ésto para dar alguna garantía al mandatario de que hará efectiva su indemnización cuando puede haber oposición ó resistencia de parte del mandante.

V.

644.—Los modos especiales para que termine el mandato son los que siguen:

1.° *Por revocación del mandante* (1.°-2208 C.). El mandante puede revocar el encargo cuando le parezca, y exigir del mandatario las cuentas, los documentos y cuanto concierna á la comisión (2209 C.), porque teniendo por objeto el interés del mandante y por base la confianza en el mandatario, no se puede obligar á aquel á que sostenga una representación que ya no quiere tener. La revocación puede ser expresa y táci-

ta. *Expresa*, cuando terminantemente se declara que se quita el poder conferido á una persona; y *tácita*, cuando sin hacer esa declaración, se nombra un nuevo mandatario para que se encargue del asunto que á otro estaba confiado (2212 C.). Para que la revocación surta sus efectos, es indispensable que se notifique, y los produce entre el mandante y el mandatario desde que se hace saber á éste la revocación expresa ó el nombramiento de sucesor; pero para que los produzca y pueda oponerse respecto de terceros que intervengan ó sean interesados en algún negocio, debe notificárseles á ellos también (2210 C.), porque no haciéndose, deben presumir que subsiste el mandato. Si han contraído pues, con el mandatario, ignorando la revocación, queda obligado el mandante, sin perjuicio del derecho que él tiene contra el mandatario que hizo algún negocio después que sabía que ya estaba terminado su poder (2211 C.).

645.—La notificación debe ser directa y especial, pues la general que se haga por medio de periódicos ó carteles no aparece, por ese solo hecho, conocida de todos, y esta es la razón sin duda, por la que en algunos Códigos se limita la disposición de que la revocación necesite ser notificada, para perjudicar á terceros, al caso de que el mandato sea dado para contratar con personas ciertas y determinadas.

646.—Cuando el primer mandato es general para todos los negocios del mandante, y el segundo especial para alguno ó algunos determinados, debe entenderse que subsiste el primero para los negocios no comprendidos en el segundo; y cuando el primero es especial y general el segundo, no debe entenderse derogado aquel si no se expresó así, ya que puede conciliarse la existencia de uno y de otro.

647.—Como se vió en otro lugar, el mandato para

contraer matrimonio acaba desde el momento de la revocación, áun cuando lo ignore la persona con quien se contrae, y áun el mismo mandatario (137 C.); y en lo judicial, para que produzca la revocación efecto en el pleito, es indispensable que la parte nombre otro procurador ó salga al juicio personalmente (139 C. pr.).

2. ° *Por renuncia del mandatario* (2. ° -2208 C.). Así como el mandante es enteramente libre para revocar, lo es el mandatario para renunciar el mandato, con solo que lo avise al mandante (fr. 1ª-2213 C.). No se exige que tenga justa causa para separarse del encargo; pero como por su aceptación confió ya el mandante en que había quien lo desempeñara, debe continuar la comisión hasta que se le reemplace ó transcurra tiempo razonable para hacerlo, y para que el mandante diera proveer á sus negocios, sin haberlo verificado (fr. 2. ª -2213 C.). De otro modo quedará responsable por los daños y perjuicios causados al mandante, á menos que se hallara en la imposibilidad de administrar por enfermedad ú otra causa de gravedad análoga.

3. ° *Por muerte ó interdicción del mandante ó mandatario* (3. ° -2208 C.). Por mandante debe entenderse aquí solo el dueño del negocio y no el mandatario que ha sustituido en otro el poder. No deberá extinguirse sin embargo, por muerte del mandante, el mandato destinado á ejecutarse después de ella, sucediendo en tal caso los herederos en sus derechos y obligaciones. Si el mandatario ignora que ha muerto el mandante ó que por otra causa debe cesar el encargo, será válido cuanto haga con esta ignorancia (2214 C.), respecto de terceros de buena fe, porque la equidad así lo exige; pero si los terceros sabían la muerte del mandante, la misma equidad dicta que sus herederos no estén obligados á sostener el contrato si no lo quisie-

ren. Como se dijo ya ántes, el mandatario está obligado á concluir el negocio comenzado á la muerte del mandante, á menos que lo prohiban los herederos, cuando la suspensión puede perjudicar á sus intereses (2. ° -2196 C.). Cuando es el mandatario el que ha muerto, aunque acaba el poder porque el encargo es personal y no transmisible por herencia, deben sus herederos dar aviso al mandante y hacer entre tanto lo que las circunstancias exijan por el interes de éste (2215 C.). Por analogía, deben quedar sujetos á igual responsabilidad los albaceas, guardadores y todos aquellos que sucedan en la administración de los bienes del mandatario que ha fallecido ó se ha hecho incapaz.

4. ° *Por quiebra del mandante* (4. ° -2208 C.), por que siendo uno de los efectos de ésta quedar separado de la administración de los bienes y negocios, no puede subsistir la representación.

5. ° *Por concluirse el objeto para que se dió el mandato* (5. ° -2208 C.), porque este es el término natural de la comisión.

648.—Cuando el mandato ha sido conferido por una mujer que después contrae matrimonio; cesa por este hecho, por ser el marido el administrador legal de sus bienes, á no ser que lo confirme y ratifique.

VI.

649.—Las disposiciones de que hasta aquí se ha tratado son comunes al mandato extrajudicial y judicial; pero este último está sujeto además y principalmente, á lo que establece el Código de procedimientos respecto de procuradores (2216 C.).

650.—La libranza considerada como mandato, se ri-

ge por las disposiciones del Código de Comercio (2217 C.).

TITULO DECIMO OCTAVO.

DE LA PERMUTA.

651.—Otro de los contratos que pertenecen al número de los que ahora se examinan, es la *permuta*, que se llama también, *permutación* y *trueque*. La palabra *cambio* con que vulgarmente se designa es más propia para designar algunas operaciones de comercio y así se dice, letra de cambio, que el cambio está alto ó bajo. Este contrato es el primero que aparece al reunirse y comunicarse los hombres, pues faltando todavía la moneda, como valor que representa los demás valores, las necesidades recíprocas se satisfacen dando cada cual á los demás aquellas cosas de que no necesita ó que tiene en abundancia para que le den ellos aquellas de que él carece. Procede examinar 1. ° lo que es la permuta, 2. ° sus divisiones, 3. ° quiénes pueden permutar 4. ° cuáles cosas son permutables, 5. ° la forma del contrato, 6. ° las obligaciones de los contratantes, 7. ° los efectos del contrato y 8. ° cuál es el derecho supletorio de este contrato en falta de disposiciones especiales.

I.

652.—*La permuta ó mutación recíproca* es un contrato por el que los contratantes se transfieren recíprocamente el dominio de una cosa por otra, que no sea di-

nero (1646 C.). Así, si se dá una casa por una finca rústica, un reloj por un caballo, el contrato será de permuta. En ésta, cada uno de los contratantes es comprador de la cosa que recibe y vendedor de la que entrega; y cada una de las cosas permutadas es cosa vendida respecto del dueño de ella; y precio respecto del dueño de la otra. (1647 C.). Se diferencia pues, de la venta en que no interviene precio en dinero, de modo que es enteramente igual la condición de los contratantes, el uno respecto del otro; y hay propiamente dos enajenaciones, ó sea una doble venta. Por eso se dice que ninguna de las cosas que se entregan ha de ser dinero, pero esto se entiende en la totalidad, ó por lo menos en la mitad; pues como sobre-precio ó para igualar los valores de las cosas permutadas sí podrá intervenir en menos de la mitad del valor (1496 C.).

II.

653.—La *permuta* es, según la ley, *simple* que también se llama *pura*, y *estimada*. *Simple*, cuando no se toma en consideración el valor de las cosas, es decir, que no se justiprecian previamente ni determinan sus valores; y *estimada*, aquello en que se hace comparación de valores, (1648 C.) como si yo doy mi reloj apreciado en cien pesos por una sortija de Pedro, valuada en ciento cincuenta dándole cincuenta de sobre-precio. Esta división tenía antes el efecto importante de que en la permuta simple no había lugar á reclamación por lesión, mientras que sí procedía en la estimada por conceptuarse manifiesta la intención de igualar en este último caso los valores, tomando una base que sirviera de precio. Como hoy no se conocen las acciones

por lesión, la única importancia que ofrece es la de que hay personas que solo pueden hacer una de las especies de permuta y nó la otra.

III.

654.—Pueden permutar, todos los que pueden enajenar, es decir, los que tienen la libre administración de sus bienes (1650 C.). Los administradores de los ajenos no pueden hacer permuta simple, en la que sería fácil que los dueños resultaran perjudicados, por la falta de previa estimación de las cosas, sino solo estimada, con previo valúo, con licencia judicial y los demás requisitos que conforme á cada caso especial, se necesitarían para la venta (1651 C.).

IV.

655.—Como la permuta no es más que una doble enajenación, son permutables todas las cosas que pueden ser enajenadas (1649 C.).

V.

656.—En cuanto á la forma del contrato, rige disposición igual á la que hay para las ventas. Si se trata de bienes raíces debe hacerce constar en instrumento público que se inscribe en el registro de la propiedad (1653 C.). Si no versa sobre raíces, pero excede de qui-

nientos pesos el valor de cada una, ó de una por lo menos, de las cosas permutadas, ha de constar en escritura pública ó privada ó acreditarse por confesión judicial (1654 C.); y si ninguna de ellas llega á esa cantidad, puede justificarse por cualquier otro medio. Por lo demás, para la validez de la permuta, basta que las cosas que son el objeto de ella sean conocidas de los contratantes sin que haya necesidad de inspeccionarlas ni tenerlas á la vista (1652 C.).

VI.

657.—Cada permutante está obligado á entregar la cosa que le corresponde y á responder por los perjuicios que resulten de la demora (1655 C.). El permutante que no pueda cumplir con realizar la entrega, está obligado, según eligiere el otro contratante, ó á devolver la cosa que él recibió, ó á satisfacer el valor de la que debía entregar (266 Dec. de Ref. N.° 272.). En cualquiera de los dos casos responde además por los daños y perjuicios.

658.—Si se prueba que una de las cosas permutadas no es del que la ha contratado como dueño; el otro contratante no estará obligado á recibirla, pues ya sabe que es ajena, ni tendrá que entregar lo que él ofreció, porque hay una condición resolutoria natural; y si la comprobación de ser una de las cosas permutadas, de dominio ajeno, ocurriere cuando ya estaba efectuado el trueque de ellas, se las devolverán recíprocamente los contratantes; pero el que dió causa á la rescisión tendrá que pagar daños y perjuicios (207 Dec. de Ref. N.° 272.).

659.—Es también obligación de los permutantes sa-

near la cosa que dan en permuta (1660 C.), y á esta obligación se aplicarán las disposiciones legales respecto de la venta. En virtud de ella, el permutante que pierde en juicio la cosa que en virtud del contrato se le entregó, tiene derecho de que se le devuelva la que él dió en trueque, ó de que se le pague el valor de la que perdió. En ambos casos se le satisfarán los gastos, daños y perjuicios; é intereses también, por vía de compensación, si ha perdido judicialmente los frutos de la cosa permutada (1661 C. y 268 Dec. N. ○ 272.).

VII.

660—Efecto del contrato es que desde que se celebra la permuta, pertenece la mejora ó deterioro al que la adquirió (1658 C.), porque se traspasa el dominio.

661.—Exceptúanse sin embargo, dos casos: 1. ○ si demora la entrega de la cosa el obligado á ella; pues por esa morosidad, á él se le imputará el riesgo ó deterioro y 2. ○ si perece por dolo ó culpa del que debió entregarla, porque es natural que solo sobre él pese esa pérdida, consecuencia de aquellos.

VIII.

662.—Por las muchas analogías que en todo lo demás existen entre la venta y la permuta, es doctrina legal que, en falta de disposiciones especiales para ésta, cualquier punto se rija y decida por lo que la ley establezca para la venta.

TITULO DECIMO NOVENO.

DE LA TRANSACCION.

663.—*La transacción es un contrato por el que dos ó más personas, para terminar una cuestión dudosa, ceden algo de sus respectivas pretensiones* (1829. C.). Es consensual porque se perfecciona por el consentimiento de las partes; y tiene como fin terminar las diferencias presentes que haya entre particulares, dando fin á un pleito ya principiado, ó evitando el que hubiera de promoverse. Recae sobre las cuestiones que se tienen como dudosas, esto es, aquellas cuya resolución tendría que depender de una sentencia judicial; y es necesario ceder en algo, porque de otra manera no habría más que simple desistimiento por una de las partes á favor de la otra que nada renunciara. Como no es seguro el resultado del pleito que, de no llegar á un avenimiento habría de emprenderse, cada cual sacrifica las mayores ventajas que, siendo favorable le reportaría, para no exponerse á los inconvenientes de una condenación en el caso de serle adverso. Hay la ventaja también de que con la transacción queda establecido desde luego un derecho cierto y seguro, mientras que para la resolución del pleito hay que dejar pasar tiempo, y que sujetarse á todas las molestias é inconvenientes que éste trae consigo.

664.—Son requisitos esenciales de la transacción: 1.º Que se celebre por personas capaces legalmente. 2.º Que éstas hayan prestado un consentimiento válido. 3.º Que verse sobre cosas dudosas en que hay ó pueda haber litigio. 4.º Que estas cosas puedan ser

materia de transacción. 5. ○ Que las partes se prometan, cedan ó den algo, (1834 C.). 6. ○ Que conste en debida forma: las que no tengan estos requisitos son nulas (1848 C.).

I.

665.—La transacción es una enajenación porque supone que se da ó cede algo, así es que las personas que transigen, han de tener capacidad de obligarse y de disponer libremente de las cosas sobre que recae ó que se comprenden en ella (1º 1834 C.). No podrán pues, hacerlo por sí todos aquellos que no tienen esa libre disposición, como los menores, los incapacitados, la mujer casada.

666.—Puede transigirse por medio de apoderado que tenga facultad especial, expresa en escritura pública (fr. 2ª 1829-2192 C.). Pero uno solo de los interesados en una cosa ó cuestión, no tiene poder, por el hecho solo de ser interesado, para transigir por los otros, y así, la transacción que haga, ni aprovecha ni obliga á los demás (1835 C.). Tampoco el socio que no se halle bastantemente autorizado, puede transigir sobre los bienes de la sociedad de que forma parte, pues á ella y no á él exclusivamente le pertenecen (1849 C.).

667.—Los tutores de menores, y los guardadores de los incapacitados, ó administradores de bienes de ausentes pueden transigir sobre los bienes ó derechos de las personas que tienen á su cargo; pero para ser válida la transacción necesita que sea aprobada por el Juez competente. Este, para dar la aprobación, debe oir el dictamen de dos expertos en el asunto de que se trate (386 y 1843 y 1844 C.).

668.—Los administradores de rentas nacionales solo

podrán transigir sujetándose á las leyes de hacienda (1841 C.).

669.—Para la transacción que, por utilidad manifiesta de los establecimientos de beneficencia y de instrucción pública deba hacerse sobre sus bienes ó rentas, se requiere, así como para su enajenación, la licencia del Gobierno (1842 C.).

670. Los depositarios solo pueden transigir sobre sus derechos y gastos causados en la conservación del depósito (1846 C.).

671.—Los tutores no pueden transigir con sus menores, aunque éstos hayan cumplido 21 años, sobre los bienes de éstos, hasta después de aprobadas sus cuentas y canceladas sus fianzas (412–1845 C.). Siendo requisito necesario la capacidad, siempre que se justifique que una persona no tenía facultad para transigir, será nula la transacción que hubiere celebrado (1850 C.).

II.

672.—Como es consensual el contrato, será nula la transacción, 1.° Si hubo error sustancial en cuanto á las personas que transigieron, ó sobre las cosas que fueron materia de la transacción (1.° 1852 C.). Cuando el error en una transacción es simplemente de cálculo, es decir, de error en números, á consecuencia de una operación matemática, no es causa de rescisión; pero debe enmendarse, lo cual puede hacerse fácilmente (1855 C.). 2.° Si intervino dolo, fuerza ó violencia (2.° 1852 C.) de tal suerte que sin ellos no se hubiera hecho (1408 á 1413 y 1853 C.). 3.° Si se celebró en virtud de un documento nulo y en la transacción no se hizo mérito de la nulidad (3.° 1852 C.), porque eso prue-

ba que se procedió con un supuesto falso y que por tanto, hubo error. 4.° Si se hizo en virtud de documentos que después resulta que son falsos (4.°-1852 C.), por idéntico motivo; pues tales documentos fueron sin duda la causa impulsiva para celebrar la transacción.

III.

673.—Como la transacción envuelve mutua cesión de pretensiones, ha de recaer sobre una cosa ó derecho dudoso; pues si el derecho ya está definido no puede suponerse que se hiciera, ni sería, como ha de ser, un verdadero título oneroso sino una cesión enteramente gratuita. Así, si se transige un pleito por suponerse pendiente, y ya recayó en él sentencia ejecutoriada, de la que no tienen noticia las partes, ó por lo menos una de ellas, la transacción será nula (5.°-1851 C.), tanto porque el derecho ya no era dudoso, cuanto porque es de creer que si la parte favorecida con ella la hubiera conocido, se habría atenido á ella sin ceder nada porque ya no podía tener temor alguno que la impulsara á ceder. Ahora, conocida ya la sentencia, aquel á quien favorece puede renunciar á su derecho, como puede cada cual ceder lo que es suyo aunque no se le dispute.

IV.

674.—Pueden ser materia de transacción todas las cosas que se hallen en el comercio de los hombres (1836 C.).

675.—Aunque no puede transigirse sobre la responsabilidad criminal porque esto afecta el interés públi-

co de la sociedad, se puede transigir sobre el interés y la responsabilidad civil que resulten de un delito cometido, porque esto toca nada más que al derecho privado; pero la transacción no embaraza los procedimientos del ministerio público ni del Juez para la imposición de la pena (1837 C.).

676.—La transacción ha de recaer sobre cosa ó asunto determinado y litigioso, de modo que no habiendo controversia alguna, no valdrá una transacción que se haga respecto de todos los litigios que puedan sobrevenir, pues no hay términos para conocer lo que cada cual puede sacrificar, y sería un medio para que hombres tímidos y sencillos hicieran sacrificios innecesarios.

677.—En la transacción no se comprende sino lo que se ha expresado por las partes, sea que la intención de ellas se hubiere manifestado en términos generales ó especiales, sea que se conozca esta intención por una consecuencia necesaria de lo expresado por ellas (fr. 1ª 1838 C.).

678.—Se prohibe transigir:

1.° Sobre la responsabilidad criminal (1837 C.).

2.° Sobre lo que se deja en testamento mientras vive el testador, y hasta que no se haga la apertura si es testamento cerrado (1° 1847 C.).

3.° Sobre alimentos presentes (245 y 1.° 1847 C.).

4.° Sobre validez ó nulidad del matrimonio y sobre divorcio (275 Dec. de Ref. N.° 272), porque como no basta el simple consentimiento para la nulidad ni para la separación legal, sino que se requieren causas determinadas lo mismo que se exigen capacidad y otras condiciones para la validez y subsistencia, no puede dejarse al arbitrio de los cónyuges.

5.° Sobre filiación (225 y 3.° 1847 C.). Pero sí puede transigirse, según se dijo en otro lugar, sobre los de-

rechos pecuniarios que de la filiación legalmente declarada pueden deducirse; y las concesiones que se hagan al que se dice hijo, no importan la adquisición de estado de hijo legítimo (226 C.). La transacción que se haga sobre cualquiera de estas cosas en que está prohibida, es nula (1851 C.).

V.

679.—En toda transacción las partes han de prometerse, ceder ó darse algo (3.º 1834 C.), es decir, siempre ha de haber entre los que la celebran, remisión, entrega ó dación de alguna cosa, pues en esto está su naturaleza, ser cesión recíproca y en parte, de las mutuas pretensiones. Uno reclama mil: el otro cree que solo adeuda trescientos; y convienen en cortar la cuestión pagando seiscientos. El que demanda mil, renuncia á cuatrocientos de su reclamación; y el que solo se reconocía deudor de trescientos, entrega otros trescientos más.

VI.

680.—La transacción tiene tanta fuerza que produce entre las partes la excepción de cosa juzgada, es decir, que el convenio tiene tanto valor como si fuera una sentencia judicial. La excepción de transacción celebrada puede interponerse en cualquier estado de la causa, porque no requiere más sino la presentación del documento en que ha de constar (1856 C.). La renuncia que se hace en las transacciones de los derechos y acciones de un contratante respecto del otro y

de sus mutuas pretensiones, se entiende que no es sino de lo relativo á la disputa que dió origen á la transacción (fr. 2.ª 1838 C.) En consecuencia, no podrá oponerse como excepción, si por otro motivo diverso se deduce reclamación diferente sobre otra cosa ó derecho.

681.—Si una cosa que fué materia de transacción, resulta de ajeno dominio, se pierde, para todos los que transigieron, en proporción del interés que hubiere correspondido á cada uno; y la parte en cuyo poder quedó y se perdió la cosa, tiene derecho á que los demás con quienes se celebró la transacción le devuelvan lo que dió por ella (1839 C.).

682.—En las transacciones hay lugar al saneamiento por evicción, cuando una de las partes da á la otra alguna cosa que no era objeto de la disputa, y de la cual es desapropiado legalmente aquel que la recibió (247 Dec. de Ref. N.º 272). Con éste se modificó el artículo 1840 que establecía como regla general que en la transacción no había lugar al saneamiento, siendo así que es un título oneroso y que el que enajena algo por este título queda obligado á sanear (128 Dec. citado).

VII.

FORMA.

683.—Siendo la transacción contrato consensual, puede celebrarse entre presentes ó ausentes; pero por su importancia, tiene siempre que constar en documento escrito, sea público ó privado; ó en una petición dirigida al Juez, firmada por los interesados; y con fe de firmas de los que la hacen (1830 C.). Se necesitará de

instrumento público siempre que el interés sobre que verse la transacción exceda de quinientos pesos ó sea sobre bienes raíces; y bastará documento privado, con tal que sea reconocido judicialmente, en los demás casos (1833 C.). Hay entre las diferentes formas, la diferencia de que la transacción celebrada por escritura pública, produce sus efectos desde que se otorga legalmente: la que se hace por escritura privada, desde que se reduce á instrumento público y se protocoliza; y la que consta por petición ó escrito dirigido al Juez, desde que se legalizan las firmas (1832 C.).

684.—De cualquier modo que se celebre la transacción, ha de contener el documento en que conste:

1. ° Los nombres de los contratantes, la relación puntual y lacónica de sus pretensiones; y si hay pleito pendiente, su estado, y el Juez ante quien pende.

2. ° Las circunstancias del convenio mediante el cual se hace la transacción.

3. ° La renuncia que los contratantes hagan de cualquiera acción que tenga el uno contra el otro sobre la cosa que es materia de la transacción; pues de otra suerte no se conseguiría el objeto principal que es terminar la disputa entre ellos.

4. ° La pena convencional, si quieren imponérsela (1831 C.). Esta no podrá exceder de la quinta parte del valor que tenga la cosa (1854 C.).

TITULO VIGESIMO.

DE LA DONACION.

685.—La donación es un contrato unilateral consensual por el cual una persona transfiere gratuitamente

á otra el todo ó parte de sus bienes (697 y 698 C. y 139 Dec. de Ref. N.° 272.). Para explicarla, va á tratarse 1.° de su definición y de algunos actos que, como consecuencia de ésta, no la constituyen; 2.° de sus divisiones; 3.° de quiénes pueden donar; 4.° de quiénes pueden ser donatarios; 5.° de las cosas que pueden donarse; 6.° de la manera como puede hacerse la donación; 7.° de la forma en que la donación ha de constar; 8.° de su límite 9.° de la revocación de las donaciones, y 10.° de los efectos que produce entre donante y donatario. En otro párrafo se tratará de la donación por causa de muerte.

PARRAFO PRIMERO.

I.

686.—La donación es un contrato porque es convención en virtud de la cual una persona traspasa algo á otra gratuitamente, y porque hoy no existe la diferencia que antes se hacía entre pactos y contratos. Es unilateral, porque de su naturaleza no resulta obligación alguna para el donatario; y consensual, porque para que exista se requiere la aceptación del donatario y con ella se perfecciona (131 Dec. N.° 272). *Donatario* se llama aquel á quien la donación se hace, y el que la hace se llama *donante.* Transfiere el dominio porque éste es precisamente su objeto, tanto que la ley la considera hasta como uno de los modos de adquirir derivativos, y una de las especies de enajenación (690 C.). Esa transmisión ha de ser gratuita, es decir, no ha de haber causa legal que obligue for-

zosamente al donante á desprenderse de la cosa que da, ni el donatario ha de tener derecho perfecto para que se le entregue la cosa en que la donación ha de consistir; y esto separa este género de enajenación de las otras que se hacen por título oneroso, esto es, de aquellas en que interviene precio ú otra cosa que se da en cambio de la propiedad que se transmite, como la venta, permuta &. La transmisión ha de ser efectiva para distinguirla de la mera promesa de hacer una donación, promesa que según los casos, equivaldrá á una donación condicional ó á plazo cierto. Lo gratuito de la donación no impide que puedan imponerse al donatario ciertas cargas ó servicios pero que no sean un riguroso equivalente ó compensación de lo que se da; y en ese caso, puede participar de la condición de bilateral. Y por último, recae sobre el todo ó parte de los bienes, porque sobre aquel ó sobre ésta puede versar.

687.—La verdadera donación que se llama *entre vivos*, lleva consigo la entrega de la cosa, de modo que supone que lo que se dona se entrega efectivamente en el acto; pero no se perfecciona antes de la aceptación expresa del donatario y por eso es consensual. Hecha la aceptación y notificada al donante, es ya un hecho consumado é irrevocable á menos que sobrevengan las causas que señala la ley; y el donatario adquiere perpetua y absolutamente la propiedad de las cosas donadas (131 Dec. de Ref. N. ° 272). Con esta disposición quedaron reemplazadas todas las que respecto de aceptación establecía el Código, y no sufrían el exámen de una crítica justa. Se referían principalmente á fijar términos para presumir aceptada la donación y para estimar subsistente el derecho de revocarla antes de la aceptación. Así, conforme á los artículos derogados; 1. ° La donación no aceptada expresamente se presumía serlo dentro de los primeros seis

meses de hecha; pero vencido ese término, cesaba la presunción en ese sentido; y en consecuencia, podía el donante revocarla en lo sucesivo, si antes de la revocación no había sido expresamente aceptada. 2. ° En caso de morir el donante dentro de esos seis primeros meses, debía atenderse á la declaración que en su testamento ó en cualquiera otro instrumento público hubiera hecho acerca de la subsistencia de la donación; facultades personales del donante y que no se transmitían á sus herederos. 3. ° Vencidos ó no los primeros seis meses desde que se hubiera hecho la donación no aceptada expresamente, si moría el donante sin haberla revocado en testamento ú otra escritura, podía aceptarla el donatario sobreviviente dentro de los términos señalados para la aceptación de la herencia, y transcurridos éstos, caducaba. 4. ° Si moría el donatario dentro de los seis meses de hecha la donación y antes de haberla aceptado expresamente, la facultad de aceptarla pasaba á sus herederos forzosos; y éstos habían de ejercerla dentro de los términos fijados para la aceptación; y de lo contrario, caducaba. Y caducaba también, si donante y donatario morían pasados los seis meses de hecha, sin haberla aceptado el donatario ni revocado el donante.

688.—Todas estas prevenciones desnaturalizaban la sencillez del verdadero principio que ha de regir en la materia: la donación no está perfecta mientras no es aceptada; y en consecuencia, antes de la aceptación ningún derecho tiene el donatario.

689.—Como lo hace notar Pacheco, no es lo más racional deducir del silencio en los primeros seis meses, la presunción de aceptación; y si la perfección del acto necesita del concurso de la voluntad de dos, de que se conozca la de solo uno, no ha de inferirse la existencia de la del otro, sobre todo cuando la acepta-

ción no requiere grandes formalidades que exijan trabajo ó dilaciones.

690.—Aun cuando parece que toda donación habría de suponerse aceptada, la ley exige que lo sea efectivamente, porque puede haber casos en que lleve una condición que importe para el donatario un gravamen que no quiera consentir, ó porque haya razones de delicadeza y consideraciones de otro orden que hagan indecorosa la aceptación. Esta aceptación puede prestarse por el donatario ó por persona autorizada por poder especial; y cuando donante y donatario no hayan expresado su voluntad en el mismo acto de la donación, se notificará después al donante en cualquier forma auténtica (718-720 C.).

691.—Y como la donación para que sea tal, requiere que se transmita el dominio de alguna cosa, la ley con el objeto de remover toda duda en el particular, declara varios casos en que ésta pudiera ofrecerse. Así, no dona el que repudia una herencia, legado ó donación, ó deja de cumplir la condición á que está sujeto un derecho eventual que podía corresponderle, aunque lo haga con el objeto de que sea en beneficio de un tercero, porque no se desprende de algo que ya esté en su patrimonio. Mas como con esto podría perjudicar á sus acreedores; siendo más natural que trate primero de pagar á éstos que de favorecer á otros, se halla dispuesto que aquellos pueden ser autorizados por el Juez para sustituirse á su deudor, en tales derechos, hasta la concurrencia de sus créditos; y el tercero solo se aprovechará del sobrante, si lo hubiere (132 Dec. de Ref. N.° 272.).

692.—Tampoco hay donación en el comodato de una cosa cualquiera, aunque la costumbre sea de dar en arriendo su uso y goce: ni en el mutuo sin interés; pero sí en la remisión ó cesión del derecho de percibir

los réditos de un capital colocado á interés (133 id.), porque entonces hay ya un derecho adquirido que forma parte del patrimonio.

693.—Por igual motivo, no constituyen donación los servicios personales y gratuitos aunque sean de aquellos que ordinariamente se pagan (134 id.); ni dona á otro el que á su favor constituye una fianza ó prenda ó hipoteca á que no estaba obligado; ni el que exonera de sus obligaciones al fiador ó remite una prenda ó hipoteca mientras está solvente el deudor; pero sí hace donación el que remite una deuda, ó el que paga algo á sabiendas de que en realidad no debe (135 id.).

694.—Tampoco hay donación en dejar de interrumpir una prescripción (127 id.), ni cuando aunque de una parte haya disminución de patrimonio, no hay aumento de la otra, como si se da para un objeto que consuma el importe de la cosa donada y de que el donatario no reporta ventaja alguna, apreciable en dinero (136 id.).

II.

695.—La donación puede ser *entre vivos ó por causa de muerte* (699 C.). Es entre vivos, cuando no impulsa la liberalidad del donante la respicencia ó consideración al caso de muerte, ni á tal consideración queda subordinada aquella; y es por causa de muerte, la que se hace con motivo, ocasión, respicencia ó subordinación al caso de muerte, de modo que no se realiza ó consuma hasta el fallecimiento del donante. Las disposiciones de que se habla en los números que siguen se refieren directamente á la donación entre vivos; y en los últimos se señalarán las diferencias que hay entre ella y la donación por causa de muerte.

696.—La donación puede ser también *simple*, esto es, enteramente gratuita; y puede ser con *causa*, como las donaciones por motivo de matrimonio, las remuneratorias y las que se llaman á título oneroso (738 C.). Remuneratorias las que expresamente se hacen en compensación de ciertos servicios específicos (145 Dec. Nº 272), y conservan el carácter de donaciones porque aunque haya deber moral, no hay obligación legal de retribuir esos servicios, ó se supone que la remuneración excede notablemente de lo que habría podido exigirse. A título oneroso serán hechas aquellas en que al transmitirse la propiedad se recibe como en compensación, algo que otro da ó hace; de manera que propiamente se reducen á los contratos innominados: doy para que des ó doy para que hagas.

III.

697.—La regla general es que puede donar entre vivos todo el que tiene la libre disposición y administración de sus bienes (709 C.), es decir, que no solo se necesita ser dueño de lo que se da, sino también estar en pleno ejercicio del dominio y administración.

698.—En consecuencia, no pueden donar los menores, ni los incapaces (29 y 33 C.), ni el que haya sido condenado á muerte é indultado, ó á las penas de presidio con retención, ó prisión ordinaria (31, 35, 36 y 38 Cod. pen.).

699.—Respecto de los menores de 18 años, la disposición es general: los mayores de esa edad y menores de 21 que están bajo la potestad del padre ó de la madre, pueden donar con tal que sea de los bienes adquiridos por ellos en trabajo, profesión ó industria

ejercidos con consentimiento de sus padres, ó de lo ganado en el desempeño de empleo ó cargo público (710 C.), en los cuales tienen la propiedad y el usufructo (6. ○-287 C.). Bajo la potestad del padre ó de la madre se ha dicho, aunque la ley solo hace mención expresa de la del primero, porque la de ambos tiene igual extensión y efectos; y con mayoría de razón, podrá hacer donación de esa misma especie de bienes el mayor de 18 años que no esté sujeto á la autoridad patria, sino á la de un tutor.

700.—La mujer casada no puede donar si no es con intervención del marido, expresa y directa, ó con autorización escrita de él, ó suplida por el Juez (157 C. y 47 y 207 Dec. de Ref. N. ○ 272); pero si estuviere separada de bienes, podrá donar de los bienes muebles que separadamente administre (1175 C.).

701.—El padre ó la madre que administra los bienes del hijo no puede de ellos hacer donación (92 Dec. N. ○ 272), porque en esa administración se consideran como tutores. Y éstos tampoco pueden donar á nombre del menor ó incapacitado (385-429 C.), y desde luego se comprende que ha de ser así, ya que áun las enajenaciones á título oneroso no pueden hacerlas si no es con autorización judicial, y acreditándose la necesidad ó utilidad.

702.—El mandatario no puede donar si no es que tenga facultad especíal otorgada en escritura pública (319 Dec. N. ○ 272.); y áun parece natural exigir que el mandante designe la persona del donatario y la cosa ó cantidad que ha de ser objeto de la donación.

703.—Aunque nada hay expreso, con razón puede decirse que tampoco pueden donar las corporaciones ó personas morales, ya que tienen los bienes en el concepto principal de administradores y no de dueños.

IV.

704.—Como por regla general, la donación aprovecha al donatario, no se requiere en éste capacidad especial como en el donante, aunque sí se necesita para la aceptación, y por eso por los menores ó incapaces la prestan sus padres ó personas que tienen su representación jurídica (718 C.).

705.—Para ser donatario entre vivos, basta estar concebido en la época de la donación y no tener incapacidad de ser heredero ó legatario (146 Dec. Nº 272). Mas si la donación se hace á uno que no ha nacido todavía, para que subsista la donación y en virtud de ella se adquieran y transmitan derechos, se necesita que el individuo que nazca sea individuo de la especie humana y que ya completamente separado de la madre, viva 24 horas por lo menos, como se expresó al tratar de la capacidad para heredar.

706.—Las manos muertas no pueden recibir donaciones de bienes inmuebles, y esto es para impedir el estancamiento de la propiedad raíz (1º 150 Dec. Nº 272), de suerte que será nula la donación que se les haga de esa clase de bienes. Mas la prohibición no se refiere á los establecimientos de beneficencia é instrucción ni á los demás que no tengan la calidad de eclesiásticos, pero sí debe tenerse presente que las donaciones que se hagan á favor de los hospitales, de las casas de huérfanos, de los establecimientos de instrucción, de los pobres de algún pueblo, ó de obras públicas, se aceptan por los administradores, síndicos ó personas debidamente autorizadas (719 C.).

707.—Tampoco puede ser donatario de una persona, su confesor ni los parientes consanguíneos de éste,

dentro del cuarto grado ó afines dentro del segundo, para alejar el peligro de sugestión que de otro modo se correría. Mas si los confesores ó parientes fueren también parientes del donante dentro del cuarto grado de consanguinidad ó del segundo de afinidad, se sostiene la donación, porque esa relación de parentesco explica cuál es el motivo que ha determinado la liberalidad (2.° 150 Dec. N ° 272.).

708.—El Código declaraba también que marido y mujer no podían, durante el matrimonio, ser donatario el uno del otro por el temor de que se arruinara uno de ellos con esas liberalidades; pero como por otra parte se daba por admitida la existencia legal de esas donaciones en el artículo 174, reformado hoy por el 54 del Dec. N. ° 272, y como ésta es materia que corresponde á disposiciones especiales de la sociedad conyugal, se suprimió esa prohibición en la reforma.

709.—No hay que olvidar que cuando se hace á la mujer casada, que no puede aceptar donación sin intervención ó autorización del marido, alguna con la condición precisa de que éste no tenga la administración en las cosas donadas, si tal donación es aceptada legalmente, el marido no es responsable con sus bienes por las obligaciones contraídas sobre tales cosas por la mujer, á no ser que como fiador ó de otro modo haya accedido á ellas (1182 C.).

710.—Los Jueces no pueden recibir durante el juicio dádiva ó donación de ninguna de las personas que ante ellos litigan (4º 19 C. pr.); y en general, queda sujeto á responsabilidad criminal, mayor ó menor según los casos, el funcionario público, experto ó persona que desempeñare cualquier servicio público, que recibiere dádiva ó presente por ejecutar actos relativos al ejercicio de su cargo ó por abstenerse de aquellos que

en desempeño del mismo debiera practicar; y caen en comiso las dádivas ó presentes (236 á 234 Cod. pen.).

V.

711.—Todas las cosas sean muebles ó raíces, y también las incorporales como derechos y acciones, pueden ser objeto de la donación con tal que estén en el comercio. Se requiere sin embargo, que los bienes sean actualmente poseídos por el donante, es decir, que ya existan de presente y formen parte de su patrimonio; y se tiene como nula la donación que se hace de bienes ó derechos futuros (708 C.).

711.—Esta nulidad, cuyos motivos son fundados cuando hay un límite ó tasa para las donaciones porque respecto de bienes futuros es muy fácil el fraude en ese punto, no se explica satisfactoriamente cuando como lo establece hoy la ley entre nosotros, esa tasa de cantidad no existe; y cuando por lo mismo, tanto pueden ser materia de donación, como lo son de venta, las cosas futuras y áun las esperanzas.

712.—El código establecía diferentes tasas para el importe de la donación, según que el donante tuviera descendientes ó ascendientes, ó careciera de ellos: aun en este último caso, no podía hacerse donación de todos los bienes. En la reforma que se hizo, se tuvo presente que se había suprimido la incapacidad por prodigalidad, y que se había declarado la libre testamentifacción y suprimido la herencia forzosa; y que era conciliable la libertad de donar con las obligaciones del donante para atender á su propia subsistencia, y á la de las personas á quienes por la ley está obligado á proporcionarla; y en ese concepto, se quitó la limitación. Así,

pueden hoy donarse todos los bienes ó una parte de ellos; pero el que los dona todos, ha de quedarse con lo necesario para su congrua subsistencia; y si omitiere hacerlo, podrá en todo tiempo obligar al donatario á que, de los bienes donados, ó de los suyos propios, le asigne á este efecto lo que se estimare competente, habida proporción á los bienes donados. Esta donación no perjudica tampoco el derecho de los que lo tienen para ser alimentados, que podrán exigirlo del donatario, según las circunstancias, hasta la concurrencia de la cantidad donada (139 Dec. de Ref. Nº 272).

713.—Y como tampoco ha de autorizarse que por ese medio pueda alguno perjudicar á sus acreedores, se halla declarado en primer lugar, que es nula toda donación hecha en fraude de ellos (150 Dec. Nº 272); y está además establecido que la donación de todos los bienes ó de una cuota de ellos ó de su nuda propiedad ó usufructo no priva á los acreedores del donante de las acciones que contra éste tuvieren; á menos que acepten como deudor al donatario, recibiendo de él pagaré, prenda, hipoteca ó fianza, ó un pago parcial de la deuda (142 Dec. cit.). Está prevenido también que el donatario de todos los bienes, tiene respecto de los acreedores del donante las mismas obligaciones que tendría siendo heredero de él; pero solo respecto de las deudas anteriones á la donación y siempre que no excedan del valor de las cosas donadas; ó de las futuras que no pasen de una suma específica, determinada por el donante en la escritura de donación (141 Dec. cit.).

VI.

714. —La donación puede hacerse de un modo absoluto; y puede también hacerse bajo condición, desde

ó hasta día cierto, y con imposición de gravamen determinado al donatario (716 y 143 Dec. Nº 272).

715.—En la donación absoluta, el donatario adquiere por la aceptación derecho sobre la cosa donada, y de consiguiente desde entonces le pertenecen sus frutos (725 C.) y puede exigir judicialmente la entrega de éstos y de aquella (723 C.).

716.—En punto de condiciones, se siguen en la donación los principios que rigen para los contratos en general, así es que no la vician y se tienen por no puestas las condiciones imposibles y las contrarias á las leyes ó buenas costumbres (717 C.).

717.—Donado algo bajo condición ó desde día cierto, no se puede pedir la cosa donada ni hay derecho á los frutos sino cuando esté cumplida la condición ó haya llegado el día (726 C.). Y si el donatario recibiere la cosa antes de que éste llegue ó de que se cumpla aquella, el donante ó sus herederos pueden recuperarla hasta que se cumplan (727 C.).

718.—Si la donación fuere hasta cierto día, llegado éste, acaba el título y debe por tanto, devolverse la cosa al donatario (728 C.).

719.—En la donación á título singular, puede imponerse al donatario, que es libre para aceptarla ó no, el gravamen de pagar las deudas del donante, con tal que se exprese una suma determinada hasta la cual se extienda dicho gravamen (143 Dec. Nº 272). Esto, como es natural, puesto que ellos no intervienen, no perjudica las acciones de los acreedores contra el primitivo deudor, salvo que por actos que constituyan novación, hayan aceptado como deudor al donatario libertando de obligación al donante. La responsabilidad del donatario por tales gravámenes ó deudas no se extiende á más de lo que valía lo donado al hacerse la donación, y á ese fin se ha de hacer constar ese

valor en inventario solemne ó en documento auténtico (144 id.).

720.—El Código exigía que en la donación de bienes muebles, éstos fueran especificados y tasados, mas como esto se refería á la tasa que había para donar, quitada ésta, quedó también suprimida aquella disposición.

VII.

721.—La donación entre vivos puede hacerse estando presente ó no el donatario, directamente ó por apoderado; y si no excede de quinientos pesos, en escritura privada y aún por carta (714 C.). Si excediere de esta suma, es preciso que se haga constar en escritura pública (715 C.); en lo que se aparta de lo establecido para los demás contratos (234 Dec. N.° 272); y si se donare una cosa raíz, no solo se necesitará escritura pública sino también inscripción en el registro de la propiedad (233 id.)

VIII.

722.—El donatario tiene derecho, aceptada la donación, de exigir aun judicialmente la entrega de la cosa donada y sus frutos (723, 725 C.); pero como éste es un título gratuito, si el donante desmejora de fortuna solo tendrá que cumplir quedándole lo necesario para subsistir, pues goza respecto del donatario, por lo que toca al cumplimiento de la donación prometida, del beneficio de competencia (724 y 5.° 2382 C.).

723.—En la donación enteramente gratuita, no tiene el donatario acción para pedir saneamiento, mas sí en

la que es por causa onerosa cuando el donante ha dado á sabiendas una cosa ajena. Y si se han impuesto al donatario gravámenes pecuniarios ó apreciables en dinero, tendrá siempre derecho para que se le entregue lo que haya invertido en su cumplimiento, pues lo hizo con motivo de la donación, y de que se le paguen además, los intereses corrientes que no aparecieren compensados con los frutos naturales y civiles de las cosas donadas. En cuanto á este reintegro, no goza el donante del beneficio de competencia (fr. última art. 130 Dec. N.° 272.).

724.—Si la donación hubiere sido remuneratoria, el donatario que sufriere evicción de la cosa donada, tendrá derecho de exigir el pago de los servicios que el donante se propuso remunerarle con ella, en cuanto aparecieren no haberse compensado con los frutos (fr. 2.ª art. 145 Dec. N.° 272.).

IX.

725.—La donación debidamente hecha y aceptada, no puede revocarse por la simple voluntad del donante, porque se la dejaría sujeta completamente á su capricho; pero siendo una liberalidad á favor del donatario, se concede á aquel el derecho de hacer esa revocación cuando el agraciado incurre en actos de grave ingratitud, respecto de los cuales no es sino muy justo castigo (731 C.).

726.—Como no puede quedar tampoco á la sola calificación del donante cuáles sean esos actos señalados de ingratitud, la ley los detalla y son los siguientes:

1.° Atentar contra la vida del donante ó presentar contra él acusación ó denuncia de algún delito (1.° 732 C.).

2. ᵒ Causarle maliciosamente una pérdida en sus bienes, de más de la tercera parte (2. ᵒ 732 C.).

3. ᵒ Seducir á su mujer, hija ó nieta (3. ᵒ 732 C.).

4. ᵒ Infamarle ó injuriarle gravemente, ó infamar ó injuriar á sus padres, cónyuges ó hijos (4. ᵒ 732 C.).

727.—Fuera de estas causas no serán admisibles otras, porque están fijadas limitativamente, y porque de lo contrario podría extenderse indefinidamente su número. Y si el donatario hubiere causado voluntariamente la muerte del donante, no hay necesidad de revocación, que muchas veces ni sería posible hacerla, sino que por el mismo hecho, se anula la donación (739 C.), pues tal es la presunción natural de la voluntad del donante; y además, sería hasta inmoral que subsistiera la donación después del crímen.

728.—La facultad que tiene el donante de revocar la donación cuando existe causa legal, no es renunciable (733 C.), y esto sin duda por el temor de que la seguridad de su subsistencia en todo caso, pudiera incitar al donatario á esos actos de ingratitud. Pero el que no sea renunciable de antemano la facultad, no significa que el donante esté obligado á usar siempre de ella, sino que depende de él ejercitarla ó no respecto de los actos ya consumados.

729.—La facultad de revocar la donación por ingratitud es personal del donante, y solo puede hacerse uso de ella durante un año, contado desde que ocurrió, ó pudo ser sabido por el donante, el caso de ingratitud que la motiva (734 C.); y transcurrido ese término, se presume perdonado, ya que ha habido tiempo suficiente para revocarla. Y no basta que se haga la revocación en tiempo sino que es preciso notificarla al donatario ó á sus herederos, si aquel hubiere muerto después de hecha aquella, dentro de sesenta días después de verificada (735 C.); con el fin de que

en tiempo puedan, si se quiere, contradecir los motivos en que se funde. El donatario ó sus herederos, tienen, en efecto, el derecho de contradecir las causas de la revocación, para que judicialmente se decida sobre el mérito de ellas, en debate provocado por ellos ó por el donante (736 C.); y si dejaren pasar ese término sin contradecirlas, se tendrá por consumada la revocación (737 C.) ó prescrito el derecho de oponerse á ella, de suerte que no podrán ya ser oídos en juicio. Mas la facultad de revocar no corresponde á los herederos del donante, ya porque es odiosa, ya principalmente porque la presunción se inclina á que no habiendo hecho uso de ella el donante, remitió la ofensa ó tuvo motivos justos para callar (734. C.). Podrán, con todo, continuar los herederos la acción judicial que haya dejado iniciada el donante; iniciciarla si dejó hecha y notificada la revocación; y notificarla si solo quedó hecha, y están en tiempo hábil.

730.—Cuando la donación no es efecto de mera liberalidad, no hay el mismo motivo para atribuir iguales efectos á la ingratitud del donatario, y así las donaciones que tienen por objeto el matrimonio, las remuneratorias y todas las que se hacen á título oneroso, no son rescindibles ó revocables por causa de ingratitud (738 C.); y esto tiene aplicación respecto de las remuneratorias, áun cuando excedan del valor de los servicios renumerados (fr. 1.ª art. 145 Dec. N.º 272), pues no puede pedirse exactitud matemática para su compensación.

731.—También es resoluble la donación entre vivos, por no cumplir el donatario las condiciones ó pactos que otorgó al aceptar la donación (1457 C.), y cuando con posterioridad á ella han nacido al donante uno ó más hijos, y se expresó esa condición resolutoria en la escritura de donación (147 Dec. N.º 272). Es indis-

pensable pues, que se haya hecho constar tal condición, y esto para dar seguridad á la propiedad y garantía á terceros, de modo que puedan saber las eventualidades á que está sujeto el derecho de los que con ellos contrataron. Expresado solo ese caso, no estaría comprendido el de legitimación posterior de hijos naturales que ya existían; y si resultara vivo el hijo que el donante creía muerto, pero sin haberse expresado nada en la escritura, no se revocaría la donación; aunque sí tendría el donante, en su caso, por lo que toca á alimentos, las obligaciones que arriba se ha dicho que pueden reclamarse de él.

732.—Cuando lo donado se recobra del mismo donatario, los frutos pertenecen al donante desde que se notifique la revocación, si es por ingratitud; y desde que se pide en juicio la devolución, si es por resolución causada por haber sobrevenido hijos ó dejado de cumplir la condición (fr. 1.ª 742 C.).

733—Solo expresada é inscrita en su caso esa condición resolutoria, producirá efecto, sobre todo contra terceros poseedores cuando la cosa es raíz. Además, la resolución así como la revocación de las donaciones por ingratitud, no da acción contra terceros poseedores, sean por título oneroso ó lucrativo, pues para dar seguridad á la propiedad son iguales; ni para la extinción de las hipotecas, servidumbres ú otros derechos constituidos sobre las cosas donadas, sino en los casos siguientes:

1.° Cuando antes de las enajenaciones y de la constitución de los referidos derechos se ha notificado á los terceros interesados, que el donante ú otra persona en su representación legítima, se propone intentar la acción resolutoria ó revocatoria contra el donatario (1º 149 Dec. Nº 272); porque entonces no puede alegarse ignorancia.

2.° Cuando la enajenación de los bienes donados ó constitución sobre ellos de los referidos derechos se hizo después de anotada la demanda (2º 149 id.), pues ese es uno de los efectos de la anotación.

734.—Mas áun cuando no haya acción contra el tercer poseedor, siempre la hay personal contra el donatario para exigirle el precio de las cosas enajenadas, según el valor que hayan tenido al tiempo de la enajenación (fr. últ. id.). Cuando la cosa se reclama de tercer poseedor, éste tiene que responder también de los frutos, pero únicamente desde que es demandado, como que es poseedor de buena fe (fr. fin. 742 C.).

X.

735.—Entre el donante y el donatario causa la donación los siguientes efectos civiles: 1.° Es motivo legal de recusación haber recibido el Juez, su esposa, padres ó hijos, donación de alguna de las partes (art. 66, incisos 8º y 9º del Cod. de pr. civ.); 2.° el donante y donatario no pueden recíprocamente ser testigos en los juicios en que uno de ellos esté interesado (inciso 10º art. 790 id.); 3.° Los expertos pueden ser tachados si han recibido donación de alguna de las partes (217 id.).

PARRAFO SEGUNDO.

736.—Se ha dicho ya en qué consiste la donación por causa de muerte. La condición de que ocurra ésta para que exista, puede expresarse en sentido suspensivo ó resolutorio: suspensivo, si se da para el caso

que ocurra la muerte, como te doy tal cosa si muero en esta epidemia. Resolutorio, si se hace desde luego la donación, pero con la condición de resolverse si acaba el peligro de vida en que está el donante, v. g., te entrego en donación mi casa, pero me la devolverás si no muero en esta epidemia. En el primer caso, nada puede pedirse hasta que la condición se cumpla; en el segundo, puede exigirse inmediatamente lo donado, con sola la restricción de restituirlo si no se realiza la condición.

737.—Las diferencias principales entre las donaciones entre vivos y las por causa de muerte son las que siguen:

1.ª. En cuanto á la capacidad de donar, pues es más extensa la de hacerlo por causa de muerte como que pueden ser donantes todos los que pueden testar (744. C.), aunque no tengan la libre administración de sus bienes, como los mayores de catorce años aunque sean menores de veintiuno, la mujer casada sin necesidad de licencia del marido.

2.ª En cuanto á la capacidad del donatario. La donación mortis causa solo puede hacerse á quien sea capaz de heredar (744 C.). Basta estar concebido al tiempo del fallecimiento del donante, con tal que el donatario nazca con las condiciones expresadas respecto del donatario entre vivos (146 Dec. N.º 272.)

3.ª En cuanto á las cosas que se donan. En las que son por causa de muerte, puede donarse todo lo que se puede legar (fr. 2,ª 744 C.), de modo que se puede donar cosas futuras, que no pueden, como se ha visto, ser materia de donación entre vivos.

4.ª En cuanto á las formalidades. Las que son por causa de muerte se constituyen con las mismas formalidades que los testamentos, porque están sujetos á las reglas de los legados (744 C.), mientras que las

otras pueden hacerse, según se vió atrás, por escritura pública, por sí ó por medio de apoderado, y áun en carta (714 C.).

5. ª Una y otra donación pueden ser revocadas por el donante, y respecto de ninguna de las dos pasa á los herederos esa facultad; pero para revocar la donación entre vivos se requiere la causa de ingratitud del donatario, mientras que la donación por causa de muerte se revoca sin necesidad de motivo alguno, por el solo arbitrio del testador, lo mismo que cualquiera otra de las disposiciones testamentarias. (744, 745 C.).

738.—Si la donación hecha en testamento es de un crédito, se entiende revocada en todo ó en parte, si el testador cobra ó recibe en pago el todo ó parte de la cantidad que se le debía (941 C.).

TITULO VIGESIMO PRIMERO.

DEL MUTUO.

739.—Mutuo ó préstamo de consumo, es *un contrato real por el que una persona entrega á otra, cierta cantidad de cosas fungibles, quedando obligada la que las recibe á devolver otro tanto de la misma especie y calidad* (1902 C.). Este es el mutuo propiamente dicho; pero se comprende también bajo este nombre el préstamo de dinero á interés, mediante el cual el que recibe una suma se obliga á dovolverla dentro de cierto tiempo con una cantidad adicional que se llama *interés*, por el uso que ha hecho de ella.

740.—Es real el contrato porque los derechos y obligaciones que de él resultan requieren indispensablemente la entrega de la cosa; el que la dá se llama *mutuante;* y el que la recibe, *mutuatario*. Es unilateral, porque verificada la entrega, solo el mutuatario queda obligado al mutuante: debe recaer sobre cosas fungibles porque las de esta especie que prestan alguna utilidad, son las que forman exclusivamente lamateria del contrato (1903 C.), lo cual lo separa del préstamo de uso. La obligación es de devolver no precisamente lo recibido, sino otro tanto de la misma especie y calidad por que las cosas fungibles no pueden usarse sin que se consuman; y esa obligación de devolver, separa el mutuo de la donación de esas mismas cosas, en la que ya el donatario no queda sujeto á ninguna obligación de restituir. Consecuencia de que el contrato se perfecciona con la entrega de la cosa es que cuando solo hay promesa de mutuo, el aumento, menoscabo, ó pérdida de la cosa ofrecida, miéntras no se entrega, pertenece al mutuante, porque éste se conserva dueño de ella (1908 C.). Y consecuencia de que la entrega perfecciona el contrato es que el que recibe algo en mutuo, es dueño de la cosa prestada desde que se le entrega, y le corresponden por tanto, las mejoras, deterioro ó destrucción que sobrevengan después (1907 C.). La obligación de restituir que tiene, es obligación puramente personal que como tal no se opone al derecho de dominio que adquirió.

741.—En esta materia debe examinarse: 1.° quiénes pueden celebrar el contrato 2.° cuáles son las obligaciones del mutuante: 3.° cuáles son las del mutuario: y 4.° el préstamo á interés.

I.

742.—Siguiendo la regla general establecida en materia de contratos (234 Dec. de Ref. N.° 272), el mutuo de cantidad que exceda de quinientos pesos, debe constar por escritura pública ó documento privado; y esto áun cuando no se estipule el pago de intereses, de suerte que esta condición debía suprimirse del artículo que la exigía (1924 C.), y así se hizo en efecto por el 281 del Dec de Ref. N.° 272, porque de otro modo resultaba una discordancia, la cual procedía de que el artículo de donde se tomó la disposición del Código se refería al préstamo que excediera de doscientos pesos, y en el cual se hubiera estipulado interés.

743.—Siguiendo la misma regla general establecida en materia de contratos, se requiere en las personas, para que contraigan válidamente el de mutuo, que tengan la capacidad de disponer libremente de sus bienes (1904 C.), Así pues, no habrá acción civil, porque tampoco hubo contrato válido, para demandar el pago de lo que se debe en mutuo á una persona incapaz de hacer este contrato (1905 C.), como el menor, la mujer casada, el incapacitado &. Mas si por el contrario, el que dió á mutuo es el incapacitado y el que recibió es capaz, la nulidad ó rescisión del contrato no lo eximirá de la obligación de restituir la cosa, atendiendo á lo establecido para el depósito (1952 C.).

744.—Los tutores, guardadores y administradores no pueden dar ni recibir á mutuo, en representación de las personas cuyos bienes administran, si no es observando las formalidades que prescribe la ley para transigir (1906 C.). Esta disposición requiere algunas explicaciones. Si se trata de recibir á mutuo, el tutor

no puede sin autorización judicial recibir dinero prestado en cantidad que exceda de trescientos pesos, ya sea que se constituya ó no hipoteca en el contrato (383 C.), mas como para la transacción sobre bienes de menores ó incapacitados se exige siempre la aprobación del Juez oyendo el dictamen de dos expertos (1843 C.), parece más seguro, especialmente si hay estipulación de pagar intereses, solicitar en todo caso autorización judicial, á ménos que se trate de cantidades insignificantes. Si el asunto no es de tomar sino de dar á mutuo, y se trata del mutuo gratuito, pocos ó ningunos casos se presentarán en que pueda celebrarse, por que no podrá haber utilidad ó necesidad por una parte; y por otra, la ley señala á los tutores la obligación de imponer cualquier sobrante de los haberes del menor dentro de treinta días contados desde que se reunan trescientos pesos (371 C.); y establece que al rendir cuentas no es una excusa admisible para no imputar intereses, la manifestación que haga el tutor de no haber encontrado cómo imponer el dinero (372 C.). Por consiguiente, la regla general será que los tutores no pueden dar á mutuo, sino á préstamo con interés.

II.

745.—El mutuante está obligado á dar aviso al mutuatario de los defectos ocultos de la cosa que le entrega; y si conociéndolos no lo hiciere, es responsable de todos los daños y perjuicios. Pero no se reputarán vicios ocultos los que el mutuatario ha podido conocer por sí mismo en la cosa (1909 C.). La razón es porque su intención ha sido la de engañar al mutuatario y es natural que su mala fe importe la responsabilidad

de daños y perjuicios. Si el mutuante ignoraba los vicios ocultos de la cosa prestada, solo estará obligado á sufrir la reducción proporcional de su valor (1910 C.), porque entonces naciendo el demérito del estado de los mismos objetos prestados, lo único que se ha prestado en realidad es lo que vale verdaderamente la cosa, tomado en cuenta el defecto que tiene.

746.—El mutuante está obligado también á no pedir la cosa que ha dado en mutuo ántes del vencimiento del plazo convencional ó legal (1911 C.), porque de lo contrario, lejos de hacerse un servicio, se pondría al mutuatario en una difícil posición, ya que la restitución inmediata de la cosa es muy difícil en este contrato en que por su naturaleza aquella se consume y no se conserva en poder del mutuatario. Mas como eso ha de tener un justo y prudente límite, el acreedor puede pedir la devolución antes del plazo, cuando el deudor malversa sus bienes y no otorga fianza que asegure que se verificará oportunamente el pago.

III.

747.—El mutuatario está obligado á pagar la deuda que contrajo en el mutuo, luego que esté vencido el plazo respectivo (1915 C.). El plazo ó término en el mutuo puede ser *convencional*, *legal* y *judicial*. Convencional es el que fijan las partes contratantes: legal, es el que fija la ley en falta del convencional, y es el de seis meses (1913 C.). Judicial es el que fija el juez, según las circunstancias del deudor, cuando no solo no se designó ningún plazo en el contrato, sino que se estipuló que el mutuatario pagaría cuando tuviese medios de hacerlo (1914 C.); y su establecimiento tie-

ne por objeto impedir que el mutuatario, á favor de esa cláusula, resistiera siempre el pago de la deuda.

748.—La obligación de pagar comprende la de hacerlo en el lugar convenido (1916 C.). Si no se designó el lugar, se entiende que es el del contrato (fr. 2.ª 1917 C.).

749.—Comprende también la de devolver especies en la misma cantidad y de la misma calidad que las recibidas (1916 C.). Si no puede pagar en la misma cantidad ó calidad, deberá satisfacer el valor que tenga la cosa en el tiempo y plazo señalados para el pago (1917 C.), pues ese valor sería el que el acreedor hubiera percibido si, cumpliéndose con el contrato, hubiese él enajenado inmediatamente las cosas que se le entregaban.

750.—Mas si estas fueron apreciadas al tiempo del mutuo, la obligación del deudor será satisfacer el valor que se les dió, aunque valgan más ó menos al tiempo del pago (1918 C.), porque entonces está manifiesto que la voluntad de los interesados al fijar ese valor, fué la de sujetarse á él al hacer la devolución.

751.—Cuando se prestan monedas de oro ó de plata, ú otras específicamente determinadas, con la obligación de que se pagará en la misma especie y calidad; si ha habido alteración en el valor que en el cambio tenían estas monedas, ó no circulan ya, el mutuatario estaba obligado, según el Código, á devolver en moneda corriente el mismo valor de aquellas al tiempo del mutuo. Y si no se expresó en el contrato que el pago debería hacerse en la misma clase de moneda, cumplía el mutuatario con satisfacer en la que estuviera circulando en el lugar en donde debía pagarse (1919 C.). Así, si se habían prestado, por ejemplo, cien libras esterlinas que corrían á razón de cinco pesos cada una

al tiempo de hacerse el préstamo y tenían al tiempo de la devolución un valor legal de cinco pesos y medio, el mutuatario no estaría obligado á devolver cien libras, porque cien libras recibió, sino solamente una suma de quinientos pesos porque el valor que representan es el que constituye la materia del préstamo. En vez de esta disposición así contenida, se adoptó en la reforma (278 Dec. N.° 272) otra más clara y conveniente, la del Código de Comercio que establece (art. 380) que en los préstamos hechos en dinero por una cantidad determinada, cumple el deudor con devolver igual cantidad numérica con arreglo al valor que tenga la moneda cuando se haga la devolución; pero que si el préstamo se hubiere contraído sobre monedas específicamente determinadas, con la condición de devolverlas en otras de la misma especie, se cumplirá así por el deudor, áun cuando sobrevenga alteración en el valor nominal de las monedas que recibió.

752.—Antes se ha dicho ya que el deudor debe pagar en el plazo convenido, y que ántes de él, no tiene derecho el acreedor para exigir el pago. Acerca de si el deudor puede pagar lo recibido en mutuo ántes del tiempo convenido con el mutuante, la decisión del Código era afirmativa, excepto que hubiera pacto en contrario. Esta decisión debía sin embargo, limitarse al mutuo gratuito, y para el caso de que no se siguiera ningún perjuicio al acreedor, pero no podía extenderse al préstamo á interés, que indebidamente se ha confundido con el préstamo gratuito, á no ser que conviniera el acreedor, ó que se le abonaran todos los intereses que se devengarían hasta el vencimiento del plazo, porque el acreedor cuenta, en virtud del negocio, con que su dinero estará colocado á interés durante todo ese tiempo. En conformidad con esto se encuentra en otra parte la disposición que establece que si el

deudor principal quiere pagar la deuda antes del plazo, pero sin mengua de los intereses que corresponden hasta el vencimiento, y el acreedor lo rehusa, se deposita la cantidad quedando el fiador eximido de toda la obligación (2248 C.). Está también la que exige para la consignación, que se haga concurriendo las condiciones requeridas en cuanto al tiempo para hacer válidamente pago (2352 C.). En esa virtud, y para no dar lugar á dudas, se modificó el Código por el artículo 277 del Dec. de Ref. N. ○ 272 en que se declara que el deudor puede pagar ántes del plazo, pero sin mengua de los intereses que le corresponden hasta el vencimiento, salvo pacto en contra.

IV.

753.—Se ha indicado ya que no deben confundirse el mutuo y el préstamo á interés; y que esta confusión que hacen nuestras leyes puede dar lugar á dificultades. El préstamo es el género y consiste en entregar á otro alguna cosa para que se sirva de ella por cierto tiempo y la devuelva después. Puede recaer sobre cosas fungibles y sobre cosas no fungibles. Este último se llama comodato ó préstamo de uso; y el primero, préstamo de consumo que á su vez, puede ser gratuito ó á interés. El gratuito es el que constituye el mútuo, y el otro es propiamente el préstamo á interés. Este se rige generalmente por las disposiciones del mutuo; pero hay algunas que le son exclusivamente propias y de las cuales va tratarse.

754.—*Interés* se llama la cantidad que el acreedor percibe además del capital, de aquel á quien ha prestado una suma de dinero, por el derecho dado á éste

para usar de ella. El interés puede ser *legal* y *convencional.* Convencional es el que pactan las partes interesadas, las cuales están en libertad para fijar cualquier tipo. Legal es el que fija la ley para los casos en que debiendo pagarse no hay estipulación de los interesados y es hoy el doce por ciento al año (241-280 Dec. de Ref. N.° 272).

755.—En el préstamo de dinero, no se deben intereses sino en el caso de estar pactados (1921 C.): de otro modo se entiende que el préstamo es gratuito, de suerte que pagando el deudor en el plazo convenido, no puede exigírsele interés. Mas si el deudor es moroso, y no se ha estipulado el interés que deba pagar en ese caso, es responsable del interés legal, el cual correrá contra él, desde que sea citado en juicio por la demanda del acreedor hasta que verifique el pago (1922 C.).

756.—Acerca de la capitalización de los intereses establecía el Código que no podía hacerse sino después de dos años de atraso; y entonces, por medio de un convenio que constara por escrito. Esta prohibición se podía burlar fácilmente estipulando que al fin de cada año que pasara sin verificarse el pago, el interés sería mayor, á saber, uno que diera para el acreedor el mismo resultado, de suerte que la intervención de la ley, contraria á los principios económicos; quedaba frustrada con facilidad; y era indispensable por lo mismo dejarlo todo al libre convenio. Así pues, en el punto de que se trata había que quitar la prohibición para capitalizar; y así se hizo por el artículo 282 del Dec. citado de Ref. que establece que es libre la capitalización de intereses.

757.—La misma tendencia que la disposición mencionada del Código, tenía la que prohibía que se pudiera prestar una cantidad de dinero en mercaderías,

y declaraba nula la obligación que se contrajera en este falso mutuo. Ese pacto que es el que se llamaba *pacto de mohatra*, estaba prohibido en las antiguas leyes españolas para evitar las crecidas usuras que hacían los comerciantes á personas necesitadas á quienes entregaban, por vía de préstamo, una suma en dinero, y el resto en géneros de mala calidad. Esa prohibición que guardaba consecuencia con la ley que establecía la tasa para el interés del dinero, era hoy del todo insostenible, porque el pacto de intereses es libre y porque no se admite reclamación por lesión en ningún contrato; así es que ha desaparecido ya por el artículo 279 del Decreto tantas veces citado.

758.—Para concluir, debe advertirse que tratando del mutuo, consignaba el Código un artículo que decía: "si la excepción se opone después de los seis meses, tendrá el que la presenta obligación de comprobarla" (1926 C.). Trunca esta disposición porque no tenía antecedente al cual se refiriera, era incomprensible. El original de donde se tomó dice que el mutuatario que haya firmado documento de obligación, no puede negarse á pagar alegando que dejó de entregársele el dinero. Y con ese antecedente, sí se comprendería el sentido del artículo cuyo propósito sin duda era establecer el contrato literal declarando que antes de los seis meses, el mutuante tenía obligación de probar la entrega; y que pasados los seis meses, era el mutuatario quien debía justificar que no se había hecho; pero de todos modos, parecía lo más conveniente suprimir esa disposición y así se verificó en efecto en el Dec. de Ref. (283).

TITULO VIGESIMO SEGUNDO.

DEL COMODATO Ó PRÉSTAMO DE USO.

759.—Comodato es *un contrato real por el que una persona entrega á otra gratuitamente alguna cosa no fungible para que se sirva de ella y la devuelva concluido el tiempo ó uso para que se concedió* (1927 C.). Es contrato real, porque los derechos y obligaciones propios de su naturaleza no resultan sino mediante la entrega de la cosa. Es gratuito, y esto constituye su principal diferencia con el arrendamiento, que también confiere el uso de cosas no fungibles, pero mediante cierto precio ó retribución. Recae forzosamente sobre cosas no fungibles, sean raíces ó muebles, aunque lo común es que tenga lugar en los muebles (1928 C.); y esto lo distingue del mutuo ó préstamo de consumo, cuya materia son precisamente las cosas fungibles. Confiere nada más que el uso ó sea el derecho de servirse de la cosa por cierto tiempo ó para cierto fin, porque el prestador conserva la propiedad de la cosa que presta (1930 C.), lo cual lo distingue del mutuo, en el cual el mutuatario se hace dueño de la cosa prestada (1907 C.), y de la donación en la cual el donante transmite la propiedad de la cosa donada (698 C). Consecuencia de no transmitirse más que el uso de la cosa, es que corresponden al comodante los aumentos, menoscabos ó pérdidas de ella, á no ser que haya culpa de parte del comodatario, ó que haya mediado pacto en virtud del cual se obligue éste á satisfacer todo perjuicio (1931 C.).

760.—Debe devolverse la misma cosa dada en comodato concluido el tiempo ó el uso para que se prestó, y esto lo diferencia del mutuo en el cual no hay que devolver las mismas cosas fungibles prestadas, sino otro tanto de la misma especie y calidad (1902 C.). Va á examinarse respecto de este contrato: 1. ° quiénes pueden celebrarlo: 2. ° cuáles son las obligaciones del *comodante*, nombre que se da al que presta la cosa: 3. ° cuáles son las obligaciones del *comodatario*, que es el que recibe la cosa prestada.

I.

761.—Pueden celebrar este contrato los que tienen la libre disposición de sus bienes (1929 C.), es decir, que no podrán hacerlo los menores é incapacitados ni la mujer casada sin la autorización de su marido. Los tutores y guardadores que contratan por los menores ó incapacitados podrán en nombre de ellos, recibir pero no dar en comodato, tanto porque esa disposición de la cosa es más que los actos de administración que pueden ejecutar, cuanto porque en la administración deben buscar siempre la utilidad del menor y en el comodato generalmente es la utilidad para el comodatario. El marido sí podrá dar en comodato bienes de la mujer porque tiene más amplitud en sus derechos de administración y áun puede enajenar.

II.

762.—Las obligaciones del que da alguna cosa en comodato son las que siguen:

1. ꝰ Manifestar, si lo sabe, cualquier vicio oculto que tenga la cosa prestada (1934 C.), en el concepto de que si no hace esta manifestación, es responsable de los daños y perjuicios que de ello resulten al comodatario. La razón es que, siendo de la naturaleza del comodato prestar un favor al comodatario, no debe permitirse que á título de él se le irrogue un perjuicio; pero es indispensable que el comodatario sepa los vicios de la cosa, porque la misma circunstancia de ser un acto de favor de su parte, explica que no puede ser obligado á la indemnización del perjuicio que se cause por vicios que él ignora.

2. ꝰ No pedir lo que prestó, antes del tiempo estipulado, porque de otra suerte, en vez de prestar un servicio, más bien causaría un mal al comodatario. Si no se estipuló tiempo, no podrá pedir la devolución de la cosa antes de que haya servido en el uso para que fué prestada (2. ° 1934 C.), porque debe suponerse que el término natural del contrato, aunque no se haya expresado, es el del uso para el que se concedió la cosa. Si, por ejemplo, se ha prestado un caballo para un viaje, no podrá exigirse aquel ántes de que éste haya concluido. Esta obligación tiene algunas excepciones. Así, si el comodante necesita con urgencia la cosa prestada, tiene facultad de pedir que se devuelva antes de cumplido el plazo del contrato ó de que se haya usado de ella (fr. 1. ꝰ 1935 C.), porque el favor hecho por el comodante no debe llevarse tan lejos que le ocasione un grave mal; y debe admitirse desde luego que si se hubiera podido prever el accidente que sobrevino, no habría prestado la cosa; pero debe atenderse á que esto solo tiene lugar cuando sobreviene la urgencia imprevista de la cosa prestada, porque si existía ya al hacerse el contrato, se entiende que no obstante ella, se quiso favorecer al comodatario, y no hay

motivo para desposeerlo de la cosa. Cuando aunque no haya terminado el plazo, el préstamo se hizo solo para cierto uso, y este concluyó ó no puede tener ya lugar, tendrá también el comodante derecho de exigirla (fr. 3.ª 1935 C.), porque la determinación de tiempo se entiende siempre subordinada al uso que se expresó que debía hacerse de la cosa. Si ya terminó éste ó no es posible hacerlo, no tiene el comodatario derecho para retenerla.

Igualmente tendrá derecho el comodante de exigir la restitución antes del término del contrato, ó de que se haga de la cosa el uso á que se destina, si muere el comodatario y el préstamo se hizo solo en consideración á la persona de éste, pues entonces no pasan á sus herederos los derechos del contrato (1933 y 1429 C.). Pero aunque el préstamo se haya hecho solo en consideración al comodatario, no podrá el comodante pedir la devolución de la cosa si fué prestada para un servicio especial que no pueda diferirse ni suspenderse (fr. 2.ª 1935 C.) por el mucho perjuicio que entonces se causaría.

Por último, cuando no se determinó el objeto del uso de la cosa prestada ni su duración, puede el prestador á su arbitrio, pedir, cuando quiera, que se le devuelva la cosa prestada (1936 C.). Este es el préstamo que se llama *precario*, porque lo es en realidad el uso que el comodatario tiene, sujeto enteramente al arbitrio del comodante. Para otros efectos, como para el uso de los interdictos de adquirir y de obra nueva, se llama precario el título que sin ser traslativo de dominio, solo confiere la simple tenencia ó posesión natural de la cosa en nombre de otro (1094 C. pr.).

3.ª Pagar los gastos extraordinarios y precisos que hubiere hecho el comodatario para la conservación de la cosa prestada (3.° 1934 C.). Tales serían los de la

curación de una enfermedad que hubiera sobrevenido al animal prestado, ó los hechos para su recuperación en caso de pérdida ocurrida sin culpa del comodatario.

4. ° Devolver, á su elección, el precio ó la cosa al comodatario en caso de que habiéndose perdido ésta, y después de haber obtenido su valor del comodatario, la encontrase el mismo comodante (fr. 2. ª 1944 C.). Si es un tercero el que la encuentra, el comodatario tiene derecho de recobrarla como suya.

III.

763—Las obligaciones del comodatario son las que siguen:

1. ª Velar por la guarda y conservación de la cosa (1ª-1937 C.). La diligencia que está obligado á prestar difiere según los casos: en todos ellos responde por el dolo que haya cometido. Pero además está obligado á la culpa lata, si el contrato tuvo por objeto favorecer al comodante más bien que al comodatario lo cual no es frecuente: á la culpa leve, si se hizo en utilidad de ambos, lo cual no es tampoco lo común; y por ultimo, á la culpa levísima, así como sucede corrientemente, si el préstamo se hizo solo en provecho del comodatario (1940C.). Así es que éste responderá respectivamente en cada caso por el daño ó la pérdida que resulte de su dolo, culpa lata, leve ó levísima (1939 C.); y responderá también por la pérdida ocurrida por caso fortuito, si incurriendo en la culpa que debía prestar, no la salvó (1941 C.); y lo mismo, si en la necesidad de perder una cosa suya ó la prestada, prefirió que se perdiera ésta (fr. 2ª 1941 C.), lo cual tiene por objeto castigar su egoismo. El primero de estos casos expresados no necesitaba consignarse, porque si conforme al

principio que debe regir el contrato, el comodatario no está obligado á responder del caso meramente fortuito, no puede para el efecto de que se trata, tenerse como tal el que sobrevino mediando culpa del comodatario, así es que ese caso debiera ser más propiamente, como en el código francés, el de que la cosa prestada perezca por caso fortuito del cual hubiera podido librarla el comodatario empleando una cosa suya. Hay un caso en que el comodatario queda obligado al fortuito aunque no haya ninguna culpa de su parte y á menos que medie pacto expreso que lo exima de responsabilidad. Tiene lugar cuando fué tasada la cosa al prestarse al comodatario (1932 C.), porque entonces se presume que la precaución se tomó para ese objeto.

2. ª No hacer de la cosa más que el uso señalado por su naturaleza ó el convenio (2ª 1937 C.). Si, sin infringir esta obligación, la cosa sufre algún deterioro ó pérdida que provenga del simple uso y sin culpa de su parte, no hay responsabilidad del comodatario (1942 C.) porque se ha ceñido á ejercitar el derecho que el contrato le daba, y es natural entender que el comodante al prestar la cosa, aceptó las consecuencias que naturalmente debía producir el uso; pero si se ha abusado de la cosa empleándola en un objeto distinto ó en más desventajosas condiciones, el comodatario tiene que responder por cualquiera ruina ó menoscabo en la cosa (2ª 1937 C.).

3. ª Hacer los gastos ordinarios y precisos que exija la conservación de la cosa mientras se sirve de ella (3ª 1937 C.). Si se ha prestado un caballo, será gasto ordinario, por ejemplo, el de manutención, de herraduras, &; y es natural que el comodatario que usando de la cosa se aprovecha de ella, haga los gastos necesarios para que pueda tener lugar el uso.

4. ª Devolver la cosa en el término estipulado, y en falta de estipulación, después de hecho el uso que se hubiere determinado en el contrato (4º 1937 C.). Si el comodatario demora la devolución de la cosa, es responsable de cualquier daño que ocurra aunque provenga de caso fortuito (1938 C.), porque entonces ya retenía la cosa abusivamente y sin ningún derecho. Si fuere imposible devolver la cosa prestada, el comodatario debe devolver, á elección del comodante, otra de la misma especie ó calidad, ó el valor correspondiente, arreglándose á las circunstancias de tiempo y de lugar en que debía restituirse (1943 C.). Así pués, si en la época y lugar de la restitución tiene mayor valor la cosa que debe ser restituida, ese valor debe ser entregado al comodante, á quien corresponde en virtud del principio de que pertenecen al dueño las acciones que resulten del beneficio ó aumento que hay en una cosa por solo el transcurso del tiempo.

Si hubiere tenido el comodatario que pagar el valor de la cosa prestada por haberse perdido, y después la hallare, el comodante no podrá ser obligado á recibirla (1944 C.); pero tampoco tendrá en ese caso derecho de exigir que se le devuelva restituyendo el precio que entregó.

La obligación que tiene el comodatario de restituir oportunamente la cosa es tan estricta que no puede retenerla en seguridad ni en compensación de lo que le debe el comodante, exceptuándose solamente las deudas que proceden de gastos extraordinarios y precisos, hechos en beneficio de la misma cosa (284 Dec. de Ref. N.º 272).

764.—Cuando la cosa se ha prestado á dos ó más personas para que la usen al mismo tiempo, todas ellas son responsables solidariamente (1946 C.). Esta solidaridad que por excepción establece aquí la ley,

aparece justa si se toma en cuenta que es establecida á favor del comodante que hace el servicio respecto de los comodatarios que solo favor reciben. Así, si se presta un carruaje á dos personas, podrá demandarse su restitucíón á cualquiera de ellas; y en su caso, podrá exigirse también su valor íntegro de cualquiera de las dos.

TITULO VIGESIMO TERCERO.

DEL DEPÓSITO.

765.—*Depósito es un contrato real por el que una persona recibe de otra una cosa para custodiarla, obligándose á devolverla, cuando la pida el depositante* (1947 C.). Es real este contrato porque necesita para su perfección, es decir, para que nazcan de él las obligaciones y derechos respectivos, la entrega de la cosa (fr. 1.ª 1948 C.). A esta última se da también el nombre de depósito. La tradición ó entrega puede ser *real* ó *presunta:* real, cuando hay entrega material de la cosa; y presunta, cuando alguno se constituye depositario de lo que ya tenía en su poder por otro título. Así sucedería si el que ha tenido una cosa á título de comodato, continúa con ella con el carácter de depositario, ó si al deudor de una cantidad se le previene judicialmente que la retenga en su poder á la ley de depósito. Se expresa en la definición del contrato que la cosa se entrega para custodiarla, porque éste es su objeto y de ese modo se determinan los derechos y obligaciones que resultan, así como la facultad de que el dueño de la cosa pida su devolución cuando quiera.

La persona que constituye el depósito se llama *depositante*, y aquel en quien se constituye, *depositario*.

766.—Aunque en el depósito propiamente dicho, el depositario solo tiene la guarda ó custodia de la cosa y no el uso de ella (1958 C.), sucede algunas veces que, hecho el contrato bajo el nombre de depósito, el depositante permite al depositario que use de ella y se constituye entonces, un verdadero mutuo que también se conoce con el nombre de *depósito irregular*, si lo depositado es dinero ú otra cosa fungible, como trigo, vino, &; ó un comodato, si la cosa depositada no es de aquellas que se consumen con el primer uso, como un caballo, un reloj (1964 C.). En estos casos, se observan respectivamente las disposiciones establecidas para el mutuo y para el comodato, y solo hay la circunstancia de que cuando se ha constituido el depósito de una cosa fungible y ha sido consumida, el crédito por su valor no figura, en caso de concurso, entre los puramente personales, sino entre los de tercera clase (367 Dec. de Ref. N.° 272).

767.—El depósito es *voluntario*, *necesario* ó *judicial*. Voluntario es el que hace una persona libremente y sin que haya ningún peligro imprevisto que la compela á verificarlo. Necesario es el que se constituye con motivo de un peligro inminente, como un incendio ó un naufragio, la ruina de un edificio, un robo, &, con el objeto de libertar la cosa de ese riesgo; y por último, es judicial ó secuestro el que se ordena por la autoridad judicial (1949 C.). Generalmente el depósito voluntario y el necesario se distinguen con la calificación de depósito propiamente dicho; y en ese concepto corresponde tratar primero, de las personas que pueden contraer depósito voluntario: segundo, de las cosas sobre que recae: tercero, de la forma en que debe constar: cuarto, de las obligaciones del depositante: quin-

to, de las obligaciones del depositario: sexto, del depósito necesario; y sétimo, del secuestro.

I.

768.—El depósito voluntario requiere capacidad para contraer en las personas que lo celebran (fr. 1ª 1952 C.). Sin embargo, si el depositario es una persona capaz, y el deponente una incapaz, quedará aquel sujeto á todas las obligaciones del contrato, porque siendo él hábil para celebrarlo, no puede oponer á su validez la incapacidad del dueño de la cosa (fr. 2ª 1952 C.). Si por el contrario, el depositario fuere el que tuviese incapacidad, no se daría acción civil por el depósito hecho en él, sino únicamente para recobrar lo que existe, porque el depósito no transfiere la propiedad; ó lo que aunque, no exista ya, se consumió en provecho del depositario porque no hay razón para que éste se enriquezca con perjuicio del depositante (1953 C.).

II.

769.—El depósito puede recaer sobre cualquier cosa de lícito comercio, sea mueble ó raíz; pero generalmente, el depósito voluntario recae sobre cosas muebles; y sobre las raíces, el judicial ó secuestro. También pueden ser en algunos casos depositadas las personas; pero es claro que entonces no se aplican las disposiciones del contrato que recaen sobre cosas, porque hay disposiciones especiales de que trata el Código de procedimientos (§ 14, tít. 11, Lib. II), y entre ellas debe

contarse la que el depositario de una persona se sujetará, con respecto á ella, á las órdenes que reciba de quien con pleno derecho la haya depositado, ó de la autoridad competente (1982 C.).

III.

770. —El depósito voluntario de una cosa cuyo valor exceda de quinientos pesos, debe hacerse constar por escritura pública ó privada, lo cual no es más que una aplicación del principio general que rige para todos los contratos (fr. 1ª. 1955 C. y 234 Dec. de Ref. N° 272.).

IV.

771.—Las obligaciones del depositante son las siguientes: 1ª Satisfacer al depositario los gastos hechos en la custodia y conservación de la cosa (1º 1956 C.), porque el servicio que presta el depositario se limita á la custodia de la cosa, sin que por eso tenga obligación de hacer en ella gastos por su cuenta: 2ª Resarcirle los daños y perjuicios que el depósito le hubiere causado (2° 1956 C.), porque es claro que debe indemnizarlos ya que tuvieron origen por su causa: 3ª Exonerar del depósito al depositario, cuando ya no puede guardarlo con seguridad ó sin perjuicio de sí mismo (1977 C.), como si ha pasado mucho tiempo desde que se constituyó, ó tiene que ausentarse, ó pueden sobrevenir grandes riesgos en la custodia de la cosa. Mas si el encargo se hubiere tomado mediante precio ó salario, en caso de negarse el depositante,

22

sólo podrá admitirse la renuncia del depositario por cambio imprevisto de circunstancias, á juicio del juez (1977 C.), porque entonces hay razón para exigir del depositario algo más que cuando se ha prestado de un modo enteramente gratuito: 4ª Satisfacer al depositario la remuneración ó precio que se hubiere estipulado, pues aunque el depósito que no es judicial, es generalmente gratuito, cabe pactar en él alguna retribución por la molestia y cuidado del depositario (1977 C. y 285 Dec. de Ref. Nº. 272.), siempre que no sea de tal entidad que lo haga degenerar en un contrato innominado ó arrendamiento de servicios.

V.

772.—Las obligaciones del depositario son las siguientes:

1. ª Cuidar de la cosa depositada y de los frutos que produzca (1. º 1957 C.). En la conservación de ella presta generalmente la culpa lata (1959 C.), porque toda la utilidad es para el depositante (1959 C.). Como excepción, responderá por otra diligencia más exacta siempre que así se hubiere pactado. Responderá por la culpa leve, si solicitó el depósito ó recibe precio por custodiarlo (1960 C.). Responderá por la culpa levísima, si el depósito se hizo principalmente por utilidad del depositario (1961 C.), y responderá no sólo por la culpa levísima, sino hasta por los deterioros y pérdidas de la cosa ocurridas por caso fortuito, en caso de demora culpable en la restitución de la cosa (1962 C.). Por supuesto, en cada uno de los respectivos casos, el deterioro ó pérdida de la cosa no imputable á falta de la diligencia que el depositario está obligado á prestar, es de cuenta del depositante (1959 C.).

2. ª Abstenerse de hacer uso del depósito sin consentimiento expreso del que lo hizo, en el concepto de ser responsable por cualquiera pérdida, deterioro ó destrucción que por ese uso ocurra y de todo el provecho que de tal uso reportare (2 º. 1957 C.). El depósito, como se ha dicho, sólo confiere al depositario la custodia y no el uso de la cosa (1958 C.), de suerte que todo uso que se haga sin autorización del dueño, es abuso cometido en un contrato que es ordinariamente de amistad y de confianza, por lo cual no debe el depositario utilizar lo que haya producido la cosa por ese abuso, sino tener responsabilidad, por el contrario, por cualquiera desmejora ó pérdida que ocurra á consecuencia de ella.

3. ª Abstenerse de registrar las cosas depositadas en arca, cofre, fardo ó paquetes cerrados ó sellados (3 º. 1957. C.). Si por culpa ó descuido del depositario se hubiere roto el sello ó cerradura del depósito, se admitirá como prueba sobre su contenido, del cual es responsable el depositario, el juramento del depositante, que sólo se destruirá por prueba legal en contrario (1963 C.). La sanción natural y propia de la obligación que se impone aquí al depositario, es el pago de los daños y perjuicios que el depositante sufra á consecuencia de haberse quebrantado los sellos ó cerraduras, ya que por diferentes motivos puede estar muy interesado, especialmente cuando se trata de documentos, en que éstos no se registren ni publiquen.

4 ª. Restituir con sus frutos y rentas la misma cosa depositada cuando la pida el depositante ó lo mande la autoridad judicial (4 º. 1957 C.). Es tan estricta esta obligación que la ley no permite al depositario que se exima de ella oponiendo compensación (2. º 2332 C.); y por el contrario, establece que siempre que el depositario se rehusa á cumplirla fuera de los casos de excep-

ción en que ella lo autoriza, que se verán pronto, quede responsable al pago de los intereses, daños y perjuicios (fr. 1ª 286 Dec. de Ref. N ○. 272.).) Y si sucediere que el depositario niegue el depósito y se le prueba en juicio, es responsable criminalmente como reo de hurto (286 Dec. de Ref. N. ○ 272.). Conforme al art. 359 C. pn., el depositario debe ser condenado además de la devolución de la cosa, á otro tanto de su valor; y si ha dispuesto de ella, lo cual no quita al dueño el derecho de reivindicarla, al cuádruplo.

El depositario debe hacer la restitución de la cosa á la persona que se la confió, ó á aquella en cuyo nombre se hizo el depósito, ó á aquella para quien se destinó al tiempo de constituirla (1965 C.), en la inteligencia de que haciéndola á persona diferente, hace mala entrega y no se liberta por lo mismo, de responsabilidad hacia las personas que tienen el derecho de reclamarla. Si han sido dos ó más los depositantes de una sola cosa, todos deben concurrir á recibirla porque todos forman en el contrato una sola entidad; y no podrá entregarse á uno ó muchos de ellos sin el consentimiento de los demás (1966 C.). Y si el depósito se hizo por un administrador cuyo cargo terminó: por el marido á nombre de la mujer y está disuelto el matrimonio; ó por el tutor á nombre del menor y se ha concluido la tutela, la devolución debe hacerse al verdadero dueño, ó á quien tenga nuevamente su representación legal (1967 C.), puesto que la anterior ya ha caducado.

El principio de que el depositario debe restituir el depósito á la misma persona de quien lo recibió sufre algunas excepciones y son las que van á expresarse:

1. ª Si algún juez manda retenerlo (1. ○ 1968 C.), porque en virtud de esta órden ni el mismo dueño podría disponer legalmente de la cosa aunque estuviera en su poder.

2.ª Si aparece que la cosa pertenecía á otra persona, ó que había sido robada (2.º 1968 C.); y entonces el depositario debe dar cuenta inmediatamente al Juez para que, previos los trámites debidos, resuelva en justicia (1969 C.). Este procedimiento pone á cubierto al depositario de cualquier responsabilidad por complicidad ó encubrimiento.

3ª. Si la cosa depositada es una arma y la pide el depositante en un acceso de locura ó de furor, ó para hacer uso de ella en daño propio ó de tercero (3.º 1968 C.), excepción justificada por el mal más grave que resultaría de la inmediata restitución en los momentos en que se pide la cosa.

4.ª Si el que hizo el depósito era menor ó mujer casada ú otra persona incapaz de contratar, ó se ha hecho incapaz por locura ú otra causa de interdicción judicial después del depósito (4.º y 5.º 1968 C.). En estos casos el depósito ha de devolverse respectivamente á los padres, marido, tutor ó guardador (1970).

5.ª En caso de muerte natural del depositante, el depósito debe ser restituido á los herederos de éste (1971 C.) que tienen su representación. La devolución del depósito debe hacerse en el mismo lugar en que fué recibido si no hubo pacto en contrario (1972 C.); principio no admitido en todos los códigos porque muchos de ellos, atendiendo al favor que se debe al depositario, con tal que no haya malicia de su parte, establecen que si no se designó lugar para la restitución, debe hacerse ésta donde se halle la cosa depositada, aunque no sea el mismo en que se hizo el depósito. En cuanto á la época en que debe tener lugar la restitución, debe ser la que se haya designado en el contrato, ó ántes si la reclama el depositante porque debe entregársele la cosa en cuanto la pida (1973 C.), ya que todo plazo en este contrato debe entenderse á favor

del depositante que conserva todos sus derechos en lo depositado sin conferir más que la guarda al depositario. Si la cosa hubiere sido trasladada á otra parte sin mediar abuso del depositario, debe gozar para su restitución, del plazo prudente que corresponda según las circunstancias.

773.—Los depositarios sólo pueden transigir sobre sus derechos y sobre los gastos causados en la conservación del depósito (1846 C.). Puede el depositario, aunque posee en nombre del depositante, pedir que se le ampare en la tenencia ó posesión hasta que el juez ordene la entrega á favor de quien corresponda (1156 C. pr.).

774.—Es de advertir que los posaderos y hoteleros son responsables como depositarios, por todo lo que los huéspedes les hubieren entregado personalmente, á no ser que la pérdida procediera de robo hecho con gente armada ó por fuerza mayor (1978 C.) Hay que atender también á que cesan todas las obligaciones del depositario si llega á declararse judicialmente que él mismo es propietario de la cosa depositada. Pero antes y en el caso de que se pida su devolución por el que la confió, no puede el depositario retenerla con el pretexto de ir á justificar ó estarse justificando que ésta es de su propiedad (1976 C.), porque de lo contrario se daría siempre un medio fácil al depositario de mala fé para conservar indebidamente la posesión de la cosa promoviendo contra el depositante un pleito por injusto que fuera.

VI.

775. —El depósito *necesario* ó *miserable* tiene lugar según se ha dicho, en apremiantes circuntancias desgraciadas, y recibe ese nombre de la penosa situa-

ción en que se encuentra el depositante. Como consecuencia de esas circunstancias, hay algunas disposiciones especiales, propias de esa clase de depósitos que, por lo demás, se rig-n por las que ya se han explicado. Así, toda persona que no tenga impedimento físico, está obligada á admitir el depósito necesario (1954 C.), lo cual significa no sólo que no es del todo libre la aceptación, como en el depósito voluntario, sino también que aunque el depositario sea incapaz por otro motivo, tiene el depositante acción civil contra él, porque aquí lo apurado de las circunstancias no le permite generalmente elegir la persona á quien se confía, y la ley, atendiendo á ellas, no debe ponerlo en el caso de que, salvando sus bienes del peligro, los pierda por el depósito que se ve obligado á hacer. Así tambien, cualquiera que sea el valor de la cosa que es objeto del depósito necesario, puede éste constituirse verbalmente y sin necesidad de escritura (fr. 2ª. 1955 C.), porque no debe suponerse que haya tiempo ni oportunidad para formar documento escrito; y por lo mismo, la falta de éste no ha de perjudicar al depositante que no es culpable de descuido ni imprevisión.

776.—Finalmente, si el que recibe el depósito necesario lo niega y no lo devuelve cuando se le pide, debe ser condenado á la devolución de la cosa y á otro tanto de su valor; y si ha dispuesto de ella, penado en el cuádruplo (1975 C.), disposición que sin embargo, ya no es excepcional para el depósito miserable, porque el Código penal (359) la extiende á toda clase de depósito.

VII.

777.—El depósito llamado *secuestro* puede ser *convencional* ó *judicial*. Es convencional, cuando las

partes interesadas convienen en depositar y depositan una cosa litigiosa, circunstancia que es la que la distingue del depósito voluntario. Este secuestro tiene por objeto evitar los inconvenientes y dificultades que resultarían de que uno solo de los litigantes se apoderara de la cosa, y hacer que se conserve ésta con sus frutos ó rentas para devolverlo todo á la persona que obtenga sentencia favorable (1979 C.). El depositario es libre para aceptar ó no este encargo, y constituido por la voluntad de las partes, termina cuando ellas convienen en que cese, ó cuando ocurre alguuno de los casos en que el depósito voluntario se extingue (1980).

778.—El secuestro judicial es el que se hace en una persona en virtud de providencia judicial que lo ordena. En este depósito, la aceptación del depositario no es enteramente voluntaria, pues todos están obligados á aceptarlo, con tal que no tengan prohibición de hacerlo ni incapacidad para obligarse.

779.—Aunque esta materia corresponde más propiamente á la parte de procedimientos, no será de más advertir que ni los jueces, ni escribanos actuarios pueden recibir el depósito de las cosas litigiosas (10 Dec. de Ref. N.° 273.—2.° 153 y 6.° 187 C. pr.).

780.—El secuestro tiene lugar principalmente por contumacia declarada y no purgada (2°. 423 C. pr.): cuando la indemnización concedida al deudor hipotecario tiene lugar ántes del vencimiento de la deuda hipotecaria (fr. 2.ª 2021 C.): cuando se teme que se oculten ó dilapiden los bienes en que debe ejecutarse una acción real; ó cuando aunque la acción sea personal, el deudor no tuviere otros bienes (2.° 270 C. pr.): cuando el vendedor entregó la cosa y no se le paga el precio ú otorga la fianza ó caución de pago que se estipuló (1555 C): en el arrendamiento, en caso de que lo pida el locador, de la parte de frutos que baste para satisfacer

la renta cuando aunque no esté vencido el plazo en que ha de pagarse, el conductor ha sido moroso en el año ó años anteriores; y se hará el mismo depósito siempre que lo solicite el fiador del arrendatario (1700 C.): en el juicio ejecutivo, los bienes embargados se depositan por orden del juez en la persona que designe el ejecutante (204 Dec. de Ref. N.° 273); y cuando la acción ejecutiva se ejercite sobre cosa determinada ó en especie, se pondrá en secuestro judicial si el demandado no la entrega hecho el requerimiento (966 C. pr.).

781.—El depositario judicial está sujeto á todas las obligaciones que impone el depósito voluntario; y estará también á las del necesario ó miserable, si el juez ú otra autoridad ordena el depósito en momentos de peligro que lo hagan tal (1950 C.). El depósito judicial se acaba únicamente por mandato del juez, y será responsable el depositario que sin ese requisito entrega la cosa(1981 C.).

TITULO VIGESIMO CUARTO.

DE LA PRENDA.

782.—La palabra *prenda* tiene en derecho tres diferentes acepciones. Unas veces se toma por la cosa misma que el deudor entrega á su acreedor para asegurarle el cumplimiento de su obligación: otras veces significa el derecho real que tiene el acreedor sobre la cosa que se le ha empeñado en seguridad de una obligación, y sobre cuyo valor puede hacer efectivo el pago; y otras en fin, por *el contrato en virtud del cual se constituye á favor del acreedor la prenda* y del cual

resulta el consiguiente derecho real. En este último sentido va á tratarse ahora de la prenda (1983 C.).

783.—Puede definirse diciendo que es *un contrato real accesorio en virtud del cual el deudor entrega al acreedor una cosa mueble para seguridad de su deuda ú obligación* (1983 C.). Es un contrato real porque los derechos y obligaciones que resultan de él, no tienen su orígen sino mediante la entrega de la cosa, de tal suerte que mientras ésta no se verifique, sólo habrá pacto ó promesa de dar prenda, pero no hay contrato de prenda. Es *accesorio* porque no puede existir sin otra obligación principal que es la que por medio de él se garantiza; y recae sobre *cosas muebles*, por que éstas son la materia del contrato, si bien como se verá pronto hay una especie de prenda que se constituye sobre bienes raíces (2008 C.), la cual se llama *anticresis* y está sujeta, con algunas modificaciones, á los principios que rigen la prenda. Conviene examinar respecto de este contrato: 1.° qué personas pueden constituir prenda: 2.° el modo cómo se constituye: 3.° los derechos que de él resultan para el acreedor: 4.° las obligaciones de éste: 5.° los derechos que conserva el dueño de la prenda: 6.° las obligaciones que tiene; y 7.° los modos como se extingue. En párrafo separado se tratará de la anticresis.

PARRAFO PRIMERO.

I.

784.—Todo el que tiene capacidad de obligarse puede para garantizar cualquier contrato que celebre ú obligación lícita que se imponga, constituir prenda sobre las cosas de su propiedad (1984 C); de suerte

que los que son dueños, pero no tienen la libre administración de sus bienes como el menor, el incapaz &, no pueden constituir prenda.

785.—El marido, conforme al artículo 205 del Dec. de Ref. N.° 272, no puede sin el consentimiento de su mujer, empeñar los bienes dotales cuyo dominio conserva ella; y los muebles preciosos no pueden empeñarse por el tutor sino por causa de utilidad ó necesidad y con la debida autorización judicial (373 C.).

786.—El que no es dueño de una cosa no puede darla en prenda; á no ser que concurra el consentimiento expreso del dueño, el cual debe tener capacidad para disponer de ella (1985 C.). La razón es muy clara, porque á nadie puede permitirse que disponga de las cosas que no le pertenecen; mas si aunque al constituirse la prenda sobre cosa ajena, no se contara con el consentimiento del dueño, éste lo presta después, debe valer la prenda mediante tal ratihabición, lo mismo que valdría si el que hizo indebidamente el empeño adquiere después la propiedad de la cosa. El que empeña una cosa ajena queda en la obligación de entregar al acreedor otra, de igual valor cuando menos, para seguridad de su crédito (fr. 1.ª 1998 C.), sin perjuicio de las demás responsabilidades en que pueda incurrir, y la misma obligación tiene cuando el acreedor ha sido engañado en la sustancia de la prenda (fr. 2.ª 1998 C.). El apoderado, para poder constituir prenda, debe estar especialmente autorizado (319 Dec. de Ref. N.° 272.).

VI.

787.—La prenda, conforme al Código, podía constituirse por pacto expreso y también por ministerio

de la ley. Cuando se constituye expresamente y el valor de la cosa que se da en prenda excede de quinientos pesos, debe constar en escritura pública ó privada (1986 C.). Se constituía la prenda por ministerio de la ley cuando había una prenda gravada con una deuda y se contraía otra deuda posterior, del mismo deudor para el mismo acreedor, pues entonces sin necesidad de que nada se estipulara y con tal que no se expresara lo contrario, la prenda constituida para la primera deuda serviría también de garantía para la posterior (1088 C.). Esta disposición no es general en todos los Códigos, y su razón de ser en los que la adoptan como la adoptaba el nuestro, es que debe presumirse racionalmente que esa ha sido la intención de acreedor y deudor, por suponerse que si aquel exigió prenda por el importe de la primera deuda, con mayor razón la exigiría por una cantidad mayor que se forma con la deuda posterior, de tal modo que si no ha pedido nueva prenda, es porque se encuentra asegurado con el valor de la que ya tiene. Había entre el uno y el otro modo de constituirse la prenda, la diferencia de que para gozar el acreedor prendario del derecho de ser pagado con el precio de la prenda antes que los demás acreedores, se requería la constitución por pacto expreso (fr. 2 ª 1987 C.), lo cual procedía sin duda para que los otros acreedores no pudieran ser perjudicados por un hecho de que no tuvieran conocimiento como era el que no constaba expresamente pactado. Desde luego lo que se decía de una deuda posterior era aplicable á dos ó más que se hubieran contraído después de la primera asegurada con prenda, pero sí se necesitaba siempre para que tuviera lugar la aplicación de la ley, que la deuda ó deudas posteriores fueran contraídas por el mismo deudor, como que sólo entonces regía la presunción en que se fun-

daba, de manera que no cabía si el deudor respondía de la segunda deuda como heredero de otro. El artículo 287 del Dec. N.° 272 de Ref. al Código Civil cambió esa disposición estableciendo que la prenda gravada con una deuda anterior solo servirá de garantía para las deudas posteriores entre el mismo acreedor y el mismo deudor cuando así se hubiere estipulado; y esto, porque estando en mano del acreedor pactarlo, no debe la ley ser más solícita en su favor que él mismo; y porque en los contratos debe reducirse el consentimiento tácito, tanto como sea posible.

788.—Como antes se ha dicho, los derechos y obligaciones de acreedor y deudor no resultan sino hasta la entrega de la prenda; de suerte que antes, la única acción que cabe en virtud de la obligación que el deudor haya contraído, es la de exigirle que entregue la prenda para que ésta produzca sus naturales efectos. Si el deudor no diere prenda después de haberse pactado esta condición, ó si se negare á entregar la que nuevamente se le pida por haber resultado ajena la que dió primero, ó se negare á completarla siendo insuficiente por su causa, se reputa terminado el plazo del contrato y el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación principal (1999 C.) porque la prestación de la fianza competente debe tenerse en ese caso como condición esencial que, si falta, da ese derecho al acreedor.

III.

789.—Los derechos del acreedor en virtud de la prenda son los siguientes:

1.° Retenerla en su poder ó hacer que se retenga en el de la persona encargada de guardarla según el

convenio, hasta que se pague la deuda ó se cumpla la obligación (1990-2001 C.), en cuyo cumplimiento debe comprenderse también la satisfacción de los gastos necesarios que se hayan hecho para la conservación de la misma prenda (1993 C.)

2. ª Dar en prenda la misma cosa que le ha sido empeñada, con tal que no se haya prohibido al constituirla (2000 C.). En este caso, el acreedor es responsable al dueño por cualquiera pérdida ó deterioro que sufra la prenda; y ésta debe ser restituida al dueño tan pronto como pague su deuda, sin que obste á ello el derecho del otro acreedor para exigir de su deudor el inmediato pago ó la constitución de una nueva prenda.

3. ª Ser pagado de la deuda con el valor de la prenda, lo cual debe tener lugar en la forma que va á expresarse. El acreedor para lograr su pago, tiene derecho de hacer que la prenda sea vendida; pero la venta debe ser judicial y en asta pública. Así pues, vencido el plazo convencional ó legal, sin haberse pagado la deuda, puede pedir judicialmente su venta para ser pagado con el precio de ella; y el juez debe resolver sobre el particular con vista de lo que haya contestado el deudor, ó en rebeldía de éste, después de haber mandado que se le oiga, si nada ha expuesto (2005 C.). Siendo la resolución del juez que se venda la prenda, debe esto verificarse en pública subasta; y del precio debe pagarse el crédito del acreedor y entregarse al deudor el sobrante si lo hubiere (2006 C.). Esta facultad de hacer vender la prenda es esencial á este contrato, porque sin ella la prenda no puede llenar su objeto de ser verdadera garantía de pago; pero el acreedor no puede disponer de la prenda ni apropiársela por la cantidad que hubiere dado sobre ella, en falta de pago del deudor, á menos que haya pacto en

contrario, pues si lo hay no puede restringirse la libertad de los contratantes (289 Dec. de Ref. N.° 272).

Ese es el pacto conocido con el nombre de *pacto comisorio* y la razón de su prohibición era porque se decía que de otra suerte, el acreedor colocaría siempre al que necesitara de su dinero en la situación de tener que sacrificar la prenda por mucho menos de su valor legítimo. Con la venta en asta pública, cuando no hay pacto especial, se atiende al deudor y se atiende al propio tiempo al derecho legítimo del acreedor, el cual puede concurrir á las posturas lo mismo que cualquiera otro, y obtener así la adjudicación de la prenda.

4.° En caso de concurrencia de otros acreedores, el acreedor que tiene prenda tiene el derecho de ser pagado con su precio antes que los demás que no sean los de absoluta preferencia (fr. 1.ª 1987, 2412 C.). Para gozar de esa prelación se requieren dos circunstancias: que la prenda se haya constituido por pacto expreso, y no por ministerio de la ley, de lo cual se ha hablado ya; y que la prenda se conserve en poder del acreedor, ó de la persona que deba guardarla según el contrato, ó que si se ha perdido su posesión, sea sin su culpa (fr. 2.ª 1987 C.). Esto, porque siendo real el contrato de prenda, así como no surte efectos sino desde la entrega, no los conserva sino en tanto que la prenda está en poder del acreedor, posesión que significa para los demás la restricción del dueño en los derechos que de otro modo le competirían.

IV.

790.—Son obligaciones del acreedor prendario las siguientes:

1.ª—Conservar la cosa dada en prenda como si fuera propiedad suya (1994 C.), es decir que estará obligado á prestar respecto de ella la culpa leve:

2.ª Limitarse á la retención y custodia de la cosa dada en prenda, sin hacer uso de ella, á menos que haya consentido el dueño (1995 C.). La razón es que por el contrato de prenda sólo tiene el acreedor la retención de ésta como garantía de su crédito y no puede extenderse al uso de la cosa que depende enteramente del deudor el cual conserva el dominio de ella. En consecuencia, el acreedor que abusa de la prenda es responsable de cualquiera pérdida ó deterioro que ocurra (1997 C.); y para evitar que continúe el abuso, el deudor tiene derecho de hacer que la prenda se deposite en una tercera persona (1996 C.).

3.ª Devolver la prenda al dueño en el acto de ser pagado de su crédito ó de cumplirse la obligación (2001 C.) porque entonces falta ya el único título que tenía para retenerla, y nada obsta al ejercicio de la acción de dominio que tiene el deudor para recobrar la cosa. En la devolución de la prenda, debe comprenderse también la de las accesiones ó frutos que haya tenido y la indemnización de los perjuicios que sufra el acreedor por la demora. Si se hubiere perdido la prenda, el acreedor debe pagar su valor, y solo podrá eximirse de su obligación probando que no se perdió por su culpa (288 Dec. de Ref. N.º 272). El artículo reformado del Código (2002) agregaba las palabras "ni aún por culpa levísima," pero ni se encuentran en el original de donde fué tomado, ni debían conservarse porque no es la culpa levísima la que debe prestar siempre el acreedor en la conservación de la prenda por la naturaleza del contrato, por lo cual fueron suprimidas. Cuando la pérdida ha tenido lugar por accidente ó caso fortuito, acaecidos después de

pagado el crédito ó de cumplida la obligación principal, el acreedor debe pagar el valor de la prenda si no tuvo justa causa para demorar su devolución. La misma responsabilidod tiene el acreedor que no quiso anteriormente admitir el pago que el deudor le hacía de su crédito sin haber tenido causa legal para rehusarlo (2003 C.).

V.

791.—Los derechos del deudor respecto de la prenda son, en primer lugar, los correlativos de las obligaciones que tiene el acreedor, así es que puede exigir la devolución de la prenda tan pronto como haya pagado la deuda; y si hubo que venderla, la parte de precio que haya sobrado de la cantidad que se adeudaba. Para que el deudor pueda reclamar la devolución de su prenda, debe haber pagado íntegramente la deuda, en el concepto de que siendo indivisible por su naturaleza el derecho de prenda, si muere el acreedor y se divide el crédito entre varios herederos, aunque se pague á unos su parte, subsiste la prenda por completo en favor de los otros, hasta que todos estén pagados. Lo mismo sucede si muere el deudor dejando varios herederos, cuando solo algunos han pagado la parte que les corresponde. Por ser indivisible la prenda, subsiste siempre en el todo y en cada una de las partes de la cosa empeñada. Así también puede hacer depositar la prenda en tercera persona, si abusa de ella el acreedor (1996 C.).

792.—Como se ha indicado antes, el dueño conserva su dominio en la cosa dada en prenda; pero en la disposición de ella tiene naturalmente la restricción de la obligación á que la ha sujetado, de modo que

debe entenderse siempre sin perjuicio de los derechos del acreedor prendario. No puede tampoco empeñarla á otra persona mientras no se le devuelva libre de responsabilidad (1989 C.) porque no puede ser privado el primer acreedor del derecho de retener la prenda en en seguridad de su crédito. Podrá sí el deudor cambiar la prenda que ha dado, por otra de igual ó mayor valor, comprobando la necesidad que tenga de recobrar la primera (1991 C.), porque no hay motivo para que el acreedor se resista á lo que no le perjudica en nada y sí favorece al deudor.

VI.

793.—Las obligaciones del deudor respecto de su prenda son correlativas de los derechos del acreedor. Está obligado pues, á mantener la prenda en poder de éste ó de la persona encargada de guardarla según el convenio (1990 C.). Deberá indemnizar también al acreedor los gastos hechos en la conservación de la prenda (1993 C.); y si hubiere habido que venderla, y no ha bastado su precio para satisfacer íntegramente al acreedor, está obligedo á completarle lo que falte.

794.—Debe advertirse que no son las mismas las acciones que nacen del contrato de prenda y las que resultan de la prenda como derecho real. Las que nacen de la prenda son personales, como que proceden de un contrato: tienen lugar solo entre los contratantes, y no pueden ejercitarse sino satisfecha la obligación que se garantiza con la prenda. Del derecho real que ésta origina, resulta para el acreedor el derecho de reclamar la cosa que se le dió en prenda, y puede dirigirla contra cualquiera que la posea, y antes de que esté satisfecha la obligación que le asegura la prenda.

VII.

795.—El derecho de prenda se extingue por los modos siguientes:

1 ○ *Por la destrucción completa de la cosa empeñada* (1º 2007 C.); pero si quedare alguna parte de ella, siempre subsiste sobre esa parte el derecho de prenda que, como se ha dicho ya, es indivisible.

2. ○ *Cuando la propiedad de la cosa empeñada pasa al acreedor por cualquier título* (2º 2007 C.); porque una cosa que pertenece al acreedor no puede servirle á él mismo de garantía de lo que se le adeuda.

3. ○ *Cuando en virtud de una condición resolutoria se pierde el dominio que el que dió la cosa en prenda tenía en ella*, porque nadie puede transferir en una cosa más derecho que el que tiene él mismo (3º 2007 C.). Esto no obsta á que el acreedor de buena fe ejercite el derecho que tiene para que el deudor le reponga la prenda con otra de mayor ó igual valor.

4. ○ *Por la completa extinción de la obligación principal garantida*, porque accesoria como es la prenda, no puede existir desde que aquella ha concluido.

5. ○ *Por la remisión expresa ó tácita de la prenda*. Se entenderá que hay remisión tácita siempre que haya hechos que demuestren la intención del acreedor en ese sentido, como si devuelve al deudor su prenda; pero pudiendo subsistir la obligación principal, aunque falte la accesoria, la devolución de la prenda no es prueba suficiente de la condonación de la deuda (2320 C.).

También se extinguirá la prenda por concluirse el tiempo por el cual se hubiere constituido, porque entonces sus efectos están limitados al tiempo que se fijó.

PARRAFO SEGUNDO.

DE LA ANTICRESIS.

796.—*Anticresis* se llama *el contrato en virtud del cual una persona entrega á su acreedor, en calidad de prenda, una cosa inmueble, dándole el derecho de percibir los frutos* (2008). Este contrato debe otorgarse por escritnra pública, en la cual hay que expresar, además de aquello en que convengan acreedor y deudor, el precio del inmueble dado en prenda, los gravámenes de que anualmente es responsable, el capital ó cantidad que se ha prestado y el interés que se hubiere estipulado (fr. 1ª 2009 C.). Como este contrato viene á afectar un inmueble, el documento en que consta debe inscribirse en el registro de la propiedad, y sin este requisito no puede perjudicar los derechos de terceras personas (fr. 2ª 2009 C.). La constitución de la anticresis no perjudica, como es natural, los derechos que otra persona puede tener sobre el inmueble (2017 C.) de suerte que si éste se encuentra hipotecado, la hipoteca subsiste como si no hubiera contrato de anticresis en el cual no tiene parte el acreedor hipotecario.

797.—Pueden celebrar este contrato todos los que en general tienen capacidad para contratar por sí; y como lo expresa la definición, debe recaer indispensablemente sobre cosas raíces.

798.—En virtud de este contrato, el acreedor tiene el derecho de percibir los frutos ó renta del inmueble (2013 C.), á diferencia de lo que sucede con la prenda propiamente tal que recae sobre cosas muebles, en la que el acreedor ni áun tiene el uso de la cosa. Por

lo demás, el acreedor tiene respecto de la cosa que se le ha entregado en anticresis, las mismas obligaciones que tiene el arrendatario respecto de la cosa arrendada (2014 C.); pero esto no obsta á que pueda ejercitar sobre el inmueble, lo mismo que puede hacerlo cualquier otro acreedor, los privilegios ó hipotecas que estén legalmente constituidas á favor de su crédito.

799.—El acredor en cuyo poder está la cosa, es el responsable de las contribuciones ordinarias y gravámenes anuales que deben pagarse sobre el inmueble (2011 C.) porque es condición para el aprovechamiento de éste, qne se satisfagan las cargas á que está sujeto. El sobrante de las rentas ó productos del inmueble, se aplica al pago del capital, si no hay interés pactado; y si lo hay, se hace la aplicación primero á los intereses; y lo que sobre, al capital (2012 C.); debiendo advertirse que en caso de duda, ambigüedad ó indeterminación acerca del interés, se entiende que es el legal (2010 C:).

800.—La ley no establece prohibición para que el acreedor y el deudor puedan pactar que se tomen por los intereses los frutos ó rentas de la cosa, así es que bien podrá convenirse en ésto, tanto más cuanto que es libre la estipulación de intereses del capital que se presta.

801.—A diferencia de lo que sucedía según el Código con la prenda propiamente dicha, y de conformidad con lo establecido hoy por el Decreto que lo reformó, el acreedor no puede retener la de un inmueble por otra deuda posterior si no se le concedió expresamente ese derecho por el último contrato (2015 C); y esto sin duda porque tratándose de derechos que pueden afectar bienes raices, ha de exigirse siempre, por lo menos convención expresa para que pueda llegar á conocimiento de todos.

802.—El dueño tiene derecho de recobrar el inmueble que dió en prenda en cuanto haya pagado la deuda (2016 C.), porque desde entonces carece el acreedor de título para retenerlo por más tiempo.

TITULO VIGESIMO QUINTO.

DE LA FIANZA.

803.—La *fianza* es *un contrato accesorio por el cual una ó más personas se comprometen á responder por las obligaciones de otra ú otras, para el caso de que éstas no las cumplan* (2218 C.). El que contrae ese compromiso para el caso de que no cumpla el primero y directamente obligado, se llama *fiador;* y *fiado*, aquel cuya obligación se garantiza. Respecto de este contrato hay que examinar: 1º su naturaleza: 2º sus divisiones: 3º quienes pueden ser fiadores: 4º los efectos de la fianza entre el acreedor y el fiador: 5º sus efectos entre el fiador y el deudor: 6º entre los fiadores entre sí; y 7º su extinción.

I.

804.—La fianza es un contrato accesorio, porque está constituida para garantir una obligación principal, de suerte que sin ésta, no puede subsistir ni explicarse la fianza. Consecuencia de ésto es que sea nula la que recae sobre una obligación que no es civilmente válida (fr. 1ª 2247 C.), como si se contrajo por violencia ó por error ó hay vicio sustancial en la forma de su constancia. Mas si la nulidad procede de

incapacidad personal del deudor por ser, v. g. menor, mujer casada, &, vale la fianza con tal que el fiador haya tenido conocimiento de la incapacidad, al tiempo de obligarse (fr. 2ª 2247 C.), porque entonces la causa de insubsistencia fundada en la incapacidad no afecta á la obligación en sí de modo que trascienda á todos los que participan de ella sino que es puramente personal.

805.—En virtud de ser accesoria la fianza, no puede el fiador, para no desnaturalizarla, obligarse por mayor cantidad ni con más gravámenes que el fiado (2223 C.); y si lo hiciere, se tendrá por no constituida la fianza en cuanto al exceso (2224 C.). No se establece para este caso la nulidad, porque ésta no debe crearse sin muy poderosos motivos y es indudable que el que por favorecer á otro quiso obligarse áun á más de lo que aquel debía, quiso obligarse también por menos, esto es, por lo que sola y realmente debía. Habrá exceso *en la cantidad* si la deuda es de quinientos pesos, por ejemplo, y el fiador se obliga por seiscientos; y habrá exceso *por razón del gravamen*, cuando excede á la obligación principal por razón del lugar, ó por razón del tiempo, si el fiador se compromete á pagar antes del plazo en que debe hacerlo el deudor, ó por razón del modo cuando siendo la obligación principal condicional, la fianza prescinde de la condición, ó si el fiador se obliga á pagar intereses no estipulados por el deudor, ú otra pena no convenida en la obligación principal. Puede obligarse el fiador á pagar una suma de dinero en vez de otra cosa de valor igual ó mayor. La fianza de un hecho ajeno sólo comprende la indemnización en que el hecho se rescindiría por falta de ejecución; y la obligación de pagar una cosa que no sea dinero en lugar de otra ó de una suma de dinero, no debe entenderse como fianza.

806.—De que el fiador no se pueda obligar por más que el fiador principal, no se sigue sin embargo, que no pueda obligarse de un modo más eficaz. Así es que aunque la obligación principal sea personal puramente, puede el fiador asegurar su responsabilidad con prenda ó hipoteca, así como puede también presentar él á su vez otro fiador que garantice el cumplimiento de sus respectivas obligaciones.

807.—No se deduce tampoco que el fiador no pueda obligarse por menos que el deudor principal, porque no puede exigirse que haya de garantir precisamente el pago de todo lo que se adeuda. El fundamento de su obligación es la promesa que hace de pagar y sólo queda obligado por aquello á que expresamente se hubiere obligado (2222 C.). La fianza por consiguiente no se presume, sino que debe ser expresa, de suerte que no sería fianza asegurar á una persona que es solvente otra que le pide fondos; y no debe extenderse tampoco á más de lo contenido en ella. Debe sin embargo, considerarse que cuando es simple ó indefinida, comprende no sólo la obligación principal sino todos sus accesorios, como los intereses, los gastos del juicio que se haya seguido contra el deudor, & porque la fianza se da para la completa seguridad é indemnización del acreedor que no la tiene absoluta si no se incluyen esos accesorios; y porque se presume que el fiador quiso quedar obligado á todo lo que el deudor principal, en el hecho de no haber puesto, como podía, limitación ó modificación. Hay que tener presente que cuando el deudor presenta á su acreedor una persona que se obliga á pagar la deuda, esto se estima como fianza si el acreedor no declara expresamenle exonerado de la obligación al primer deudor (2347 C.).

808.—La obligación que se afianza puede ser pura y simple, ó condicional y á plazo, porque ningún princi-

pio legal se opone á ello, así como no se opone tampoco á que la obligación principal sea de persona natural ó jurídica. Generalmente recae sólo sobre obligaciones presentes; pero podría garantir también una obligación futura, siendo procedente en tal caso que el fiador pudiese retractarse mientras no llegara á existir la obligación principal, pero quedando responsable á terceros de buena fe. Puede otorgarse la fianza absoluta y simplemente, ó bien bajo condición suspensiva ó resolutoria, desde cierto día ó hasta cierto día.

809.—Para la constitución de la fianza no se necesita que haya orden, conocimiento ó consentimiento del deudor principal, porque es negocio especialmente entre el acreedor y el fiador que no produce efecto alguno contra aquel sino en caso de que faltando al cumplimiento de su obligación tenga el fiador que verificar el pago. De ordinario, la fianza se presta gratuitamente, pero podría muy bien convenirse entre el deudor y el fiador en que aquel debiera darle alguna remuneración por el servicio que le presta.

810.—Establecida la fianza, los derechos y obligaciones del fiador pasan á sus herederos (2244 C.), siguiéndose así el principio general de que los contratantes se obligan para sí y sus herederos (1429 C.), á menos que se estipulara lo contrario.

II.

811.—La fianza puede ser *convencional*, *legal* y *judicial*, según que se haya constituido por contrato, por disposición de la ley ó por decreto de juez. La fianza convencional depende enteramente de voluntad de los contratantes, y si se ha estipulado al contratar,

se considera como una condición del contrato, de modo que puede rescindirse, si no se presta (1555-1688 C.). La fianza legal tiene lugar generalmente siempre que se trata de administración de bienes ó cumplimiento de obligaciones en que, por ciertos principios sociales, haya algún interés general. Así, deben afianzar el guardador de los bienes del ausente (9. ° Dec. de Ref. N. ° 272): el heredero que tiene la posesión provisional (113 C. y 13 Dec. cit.): los tutores y guardadores cuando no tienen bienes en que constituir hipoteca (344-349 C.): los albaceas (901 C.): los usufructuarios salvas las excepciones expresas (2. ° 1340 C.): el propietario que pide se le ponga en posesión de los bienes de que abusa el usufructuario (1379 C.).

812.—Generalmente no hay obligación de dar fianza si no se ha estipulado, pero hay por excepción, algunos casos en que tiene el acreedor derecho de exigirla al deudor áun sin estipulación. Así, la mujer tiene derecho de recobrar su dote del marido que la disipa ó de exigirle fianza, si la hipoteca que la garantiza no es bastante (1123 C.). El vendedor puede exigir la devolución de la cosa mueble vendida, ó fianza por el pago cuando el comprador desmejora de fortuna antes de pagarle el precio (1564 C.): el asegurador puede exigir fianza al asegurado por la devolución de la cantidad recibida, para el caso de que en juicio se le mande restituir por la contradicción que el mismo asegurador hace de los hechos (1895 C.): el prestamista tiene derecho de exigir lo que dió en mutuo antes del plazo, si el deudor malversa sus bienes, ó de hacer que éste le otorgue fianza competente (1911 C.): el heredero cuyos bienes hereditarios han sido embargados ó contra quien se pronuncia sentencia por ellos, tiene acción para pedir fianza á sus coherederos por la responsabilidad que pueda resultarles (1082 C.): el acreedor hi-

potecario puede exigir al propietario nueva y competente garantía si ha incurrido en hechos dolosos ó culpables que disminuyan el valor del inmueble (292 Dec. de Ref. N ° 272).

813.—La fianza judicial que es la que se manda prestar en juicio, tiene lugar principalmente en los casos que siguen. El actor puede pedir la entrega de la cosa que demanda con acción real, cuando el reo es contumaz, y el juez debe ordenarla, previa fianza á su satisfacción (433 C. pr.): el demandado por un extranjero ó transeunte puede exigir del demandante fianza de estar á derecho (577 C. pr.): los pagos ó entregas que se hagan al actor por resultado del juicio contra un ausente serán bajo fianza de resultas (128 C. pr.): el que pide un secuestro precautorio sin fundarlo en título ejecutivo debe dar fianza por los daños y perjuicios que se sigan para el caso de que la providencia sea revocada ó de que entablada la demanda, no haya lugar al embargo (282 C. pr.): cuando se apela de la sentencia pronunciada en juicio ejecutivo, para que pueda llevarse adelante la sentencia en beneficio de aquel á cuyo favor se pronunció (213 Dec. de Ref N. ° 273): cuando se trata de hacer ejecutivo un instrumento, estando pendiente el juicio de falsedad sobre el mismo (676 C. pr.): cuando se dé libramiento de pago al acreedor contra el que remató los bienes ejecutados, si el deudor la pidiere para las resultas del juicio ordinario que puede seguir (1010 C. pr.); y cuando el que ejecuta una obra nueva denunciada que sólo ocasiona leve daño, quiere continuarla (1190 C. pr.).

814.—La fianza legal y la judicial se sujetan á las mismas reglas que la convencional, salvo en cuanto la ley que las exige disponga otra cosa. Se diferencian en que en la convencional depende enteramente del acreedor, admitir el fiador que se le propone con

tal que no tenga incapacidad para serlo, mientras que el que está obligado á dar un fiador por prevenirlo para ese caso la ley ó el juez, debe presentar una persona que tenga capacidad de obligarse, que tenga la cantidad de bienes suficientes para responder á la obligación, y que se halle domiciliada en el mismo departamento (2241 C.). Esto con el objeto de que no sea nula, ó se haga ilusoria ó muy difícil de ejecutar la responsabilidad del fiador, en los casos en que la ley ha estimado necesaria la fianza. Es de advertir que la solvencia de un fiador, á menos que la deuda sea pequeña ó en materia de comercio, no se estima sino atendiendo á los bienes raíces (2242 C.), porque la fortuna que consiste en ellos tiene para perderse, más dificultades que la que consiste en muebles; y es de advertir también que áun de los raíces, no se consideran buenos para el objeto de la fianza, los que son litigiosos ó difíciles de ser ejecutados, por razón de la distancia á que están situados (fr. 2.ª 2242 C.).

815.—Cuando alguno está obligado á prestar fianza por mandato del juez ó por disposición de la ley, cumple con dar una prenda ó hipoteca que sea bastante para la seguridad de la obligación que se ha de afianzar (2243 C.), pues de ese modo se satisface cumplidamente el fin que debía llenar la fianza.

III.

816.—Fiadores pueden ser todos los que pueden obligarse por sí y no tienen prohibición especial para serlo (2220 C.). Tienen prohibición especial para ser fiadores los militares en asuntos que no pertenezcan á su fuero (1ª 2221 C.) y los empleados de hacien-

da que necesiten dar fianza para el desempeño de sus destinos (2ª 2221 C.).

817.—La fianza puede ser *simple*, *mancomunada ó solidaria entre los fiadores*, y *mancomunada ó solidaria con el fiador*. Es simple cuando la obligación del fiador se limita á cumplir la obligación del fiado en el caso que éste no lo verifique. Es mancomunada ó solidaria entre los fiadores, cuando éstos se comprometen á responder todos y cada uno, por el todo de la obligación en falta del fiado. Es mancomunada ó solidaria con el deudor cuando se constituye en términos que ellos y el deudor son responsables igual é indistintamente del cumplimiento de la obligación.

IV.

818.—El principal efecto que la fianza produce entre el acreedor y el fiador es el de que éste tenga obligación de pagar no pagando el fiado. Si el fiador se ha obligado simplemente, su responsabilidad comienza después que conste que el fiado no tiene con que pagar ni puede cumplir la obligación que contrajo (2226 C.). Este derecho del fiador simple de no ser demandado por el acreedor antes que el fiado se llama *beneficio de orden* (1º-321 Dec. de Ref. Nº 272); y el de no serlo antes de que se averigüe que el principal deudor carece de bienes y no tiene suficientes para el pago de la de la deuda, se conoce conoce con el nombre de *beneficio de excusión* (2º-321 Dec. de Ref. Nº 272; y son consecuencia natural del carácter de obligación accesoria que tiene la fianza, carácter que no se modifica de ningún modo, cuando no se ha estipulado mancomunidad. Si ésta se ha estipulado, tales beneficios no

caben, porque el fiador que se mancomuna con el deudor, se constituye tanto como éste, deudor principal y solidario, de modo que el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de ellos indistintamente (2231-2232 C.), así que cada uno de ellos puede ser ejecutado por toda la deuda. Tampoco podrá tener lugar el beneficio de orden, si el deudor principal se alzó con sus bienes (322 Dec. de Ref. Nº 272), porque entonces aparece ya que obligar al acreedor á la previa excusión, no sería más que hacerle perder el tiempo inútilmente. Exigiéndose que el deudor se haya alzado, no basta la simple quiebra, porque alzarse supone además que el deudor se ocultó ó se ha fugado con sus bienes negándose á pagar á los acreedores.

819.—Habiendo varios fiadores, éstos ó se obligan simplemente entre sí, ó solidaria y mancomunadamente. Siendo la fianza simple entre los fiadores, el acreedor no puede exigir de cada uno de ellos más que lo que le toque dividiendo la deuda por igual entre todos, y en esto consiste el beneficio que se llama *de división* (3º 321 Dec. de Ref. Nº 272), de modo que si los fiadores obligados simplemente entre sí son tres y la deuda es de tres mil pesos, por ejemplo, el acreedor no puede ejecutar á cada uno de ellos en su caso, más que por la tercera parte ó sea por mil pesos, porque naturalmente no debe admitirse que se haya contraído la obligación de otro modo cuando no se expresó. Consecuencia inmediata es de lo dicho, que el beneficio de división no tenga lugar entre fiadores mancomunados entre sí, porque la mancomunidad es precisamente opuesta á esa división y con el objeto de evitarla (2229 C.). Tampoco tendrá lugar la división si los fiadores se han obligado mancomunadamente con el deudor, porque entonces cada uno de elios se ha constituido en deudor principal (2232 C.).

820.—El carácter sin embargo, de mancomunados entre sí que tengan los fiadores, no les quita por sí solo los beneficios de orden y de excusión, porque no se oponen á ese carácter (323 Dec. de Ref. Nº 272) y así es que demandado cualquiera de ellos por el todo de la deuda, puede exigir que se ejecute primero al deudor, para no responder sino cuando resulte que éste no tiene bienes con que pagar (2229 C.). Se ve por tanto, que los fiadores, áun cuando estén mancomunados entre sí, pueden serlo simples respecto del deudor en cuanto á orden y excusión, si no se obligaron solidariamente con él.

821.—Hay que advertir que la mancomunidad de los fiadores entre sí ó con el deudor no se presume. Para establecerla es indispensable por tanto, que expresamente conste que se mancomunaron entre sí ó con el deudor, ó por lo menos que expresamente renunciaron los beneficios de orden, lo cual equivale respectivamente á mancomunarse con el deudor ó con los otros fiadores; en falta de esto, se entenderá siempre que los fiadores se han obligado simplemente (2233 C.).

822.—Hay que advertir también que la reponsabilidad de los fiadores simples que es limitada á pagar á prorrata la parte correspondiente, no se aumenta por la quiebra ó insolvencia de alguno de ellos, ni tienen que sufrir sus consecuencias cuando no tomaron sobre sí esa responsabilidad puesto que no son mancomunados.

823.—El fiador puede hacer el pago de la deuda áun antes de ser reconvenido por el acreedor, en todos los casos en que pudiera hacerlo el deudor principal. Aunque no sea reconvenido, puede requerir al acreedor desde que sea exigible la deuda, para que proceda contra el deudor principal; y si el acreedor después de este requerimiento lo retardare, es natural que no

sea responsable el fiador por la insolvencia del deudor principal sobrevenida durante el retardo.

824.—Cuando varios deudores principales se han obligado solidariamente y uno de ellos ha dado fianza, el derecho del fiador reconvenido para que se haga excusión, debe entenderse no sólo en los bienes del fiado sino también en los de sus codeudores.

825.—Reconvenido el fiador, podrá oponer al acreedor cualesquiera excepciones reales, esto es, procedentes de la obligación principal, como error, dolo, fuerza, cosa juzgada &; pero no podrá oponer las que sean exclusivamente personales del deudor, como su incapacidad de obligarse, la cesión de bienes que haya hecho, el beneficio de competencia de que goce, por que él como responsable de la obligación principal debe poder combatirla con los mismos medios que lo haría el deudor principal, con tal que no sean esencialmente inherentes á la persona de éste.

826.—De la renuncia que haya hecho del beneficio de orden ó excusión, el primer fiador, no puede deducirse la renuncia de otro fiador que éste haya dado á su vez; y en todos los casos de excusión, si los bienes del deudor no produjeren más que un pago parcial de la deuda, el acreedor debe estar obligado á aceptarlo sin poder dirigirse contra el fiador sino por la parte que quede sin pagársele.

827.—Conforme á buenos principios, el beneficio de excusión no debe oponerse sino una sola vez, de suerte que si la excusión de los bienes designados por el fiador no produjere efecto ó no bastare, no podrá señalar otros á menos que el deudor los haya adquirido con posterioridad. Conforme á los mismos principios, no deberían tomarse en cuenta para la excusión los bienes cuyo dominio está sujeto á una condición reso-

lutoria, ni los hipotecados á favor de deudas preferentes en la parte necesaria para el pago de ésta.

828.—Si el acreedor es omiso ó negligente en la excusión y el deudor entre tanto se hace insolvente, el fiador no debe ser responsable sino por la diferencia que haya entre el importe total de la fianza y el valor de los bienes que para la excusión hubiere señalado. Y si el fiador expresa é inequívocamente sólo se hubiere obligado á pagar lo que el acreedor no pudiere obtener del deudor, se entenderá que el acreedor debe hacer previa excusión y que el fiador no será responsable de la insolvencia del deudor, si el acreedor ha tenido medios suficientes para hacerse pagar y ha sido negligente en servirse de ellos.

829.—Todos estos principios que en algunos códigos como el francés y el Chile, forman otros tantos artículos, han sido omitidos en el nuestro, más áun cuando subsista esa omisión, deberá estarse á ellos porque son reglas generales de justicia y de legislación común.

V.

830.—Puede el fiador, áun ántes de haber pagado, exigir que el deudor asegure las resultas de la fianza en los casos siguientes: 1º Si él ó el fiador están para ausentarse de la República: 2º Si el deudor sufre menoscabo en sus bienes de modo que se halle en riesgo de quedar insolvente: 3º Si se obligó á relevarle de la fianza en tiempo determinado y éste ha transcurrido: 4º Si la deuda se hace exigible por el vencimiento del plazo, y con mayor razón, si además ha sido demandado ya judicialmente para el pago: 5º Si han transcurrido cinco años y la fianza no ha sido por título oneroso, ni la

obligación principal tiene término fijo mayor, como la tutela; y 6º si ha vencido ya el plazo de la obligación principal (324 Dec. de Ref. Nº 272). En todos estos casos, excepto el último, tiene también derecho el acreedor de pedir que se le exonere de la fianza. Estos derechos concedidos al fiador, son una consecuencia de que debe serle permitido tomar todas las medidas de precaución y seguridad que las circunstancias hagan ver que son indispensables para ponerse á cubierto de la responsabilidad á que lo obliga la falta del deudor. En cualquiera de esos casos debidamente comprobado, debe el Juez acceder á la pretensión del fiador compeliendo al fiado hasta con el embargo de la cantidad por la cual responde el fiador (2236 C.). Este derecho en nada perjudica al acreedor, porque si el deudor asegura el pago, esa mayor garantía tiene; y si se releva al fiador, es dándole otro que le deba satisfacer plenamente, de suerte que no empeora su condición.

831.—Como no pagando oportunamente el deudor principal, ó no cumpliendo la obligación, debe hacerlo el fiador, una vez que lo haya hecho en todo ó en parte, se subroga respectivamente, por ministerio de la ley, en todas las acciones que tenía el acreedor contra el fiado relativas á la deuda ú obligación (325 Dec. de Ref. N.º 272). Si hay muchos deudores obligados mancomunadamente, el fiador que paga la deuda tiene derecho contra cada uno de ellos por el todo (2238 C.), porque cada uno de ellos era deudor del todo respecto del acreedor, y como el fiador se subroga en los derechos de éste tiene las mismas acciones que él tenía.

832.—La acción del fiador contra el deudor principal para reembolsarse, comprende no solo lo pagado por él, sino también los intereses legales, los gastos y los daños y perjuicios; pero esto debe entenderse de

los gastos razonables. Si la fianza se ha otorgado por encargo de un tercero, el fiador sin perjuicio de la acción que tenga contra el demandante, la tendrá siempre también contra el deudor principal.

833.—Como el fiador no tiene que pagar sino por falta del deudor principal, si paga antes de que se venza el plazo de la obligación, no puede reconvenir al deudor sino hasta que se haya vencido el plazo.

834.—El deudor que paga sin avisarlo al fiador, es responsable para con éste de lo que él, ignorando la extinción de la deuda, pagare de nuevo; pero tiene acción contra el acreedor por el pago indebido. Si el fiador paga sin avisarlo al deudor, puede éste oponerle todas las excepciones que habría podido oponer al acreedor al tiempo del pago; y si el deudor, ignorando, por falta de aviso, la extinción de la deuda, la paga de nuevo, no tiene el fiado recurso contra él; pero si puede intentar contra el acreedor la acción del deudor por pago indebido.

VI.

835.—Cuando hay dos ó más fiadores de un mismo deudor, el que satisface la deuda ó cumple la obligación principal, tiene derecho para exigirla de los demás con deducción de la parte que á prorrata le corresponda (2239 C.), puesto que lo único por lo que él tiene que responder absolutamente, es esa parte proporcional. La ley ya no establece hoy la necesidad de la carta de lasto ó sea la cesión de acciones del acreedor, para que el fiador pueda dirigirse contra el deudor principal ó contra los demás fiadores; así es que bastará que conste el pago que se ha hecho para que pueda ejercitarse la acción. Cuando alguno de los co-

fiadores es insolvente y se han obligado de mancomún, la responsabilidad de los otros fiadores se aumenta con la del insolvente (2240 C.), esto es, la parte que correspondía dar al insolvente la pagan los otros compañeros en la fianza; y ésto como efecto de la mancomunidad entre los fiadores.

VII.

DE LA EXTINCIÓN DE LA FIANZA.

836.—La fianza se extingue por las mismas causas que se extinguen generalmente las demás obligaciones; así es que si el fiador paga, si compensa con el acreedor, si éste le remite ó condona, si hay confusión &, la fianza quedará extinguida. Se extinguirá también siempre que por cualquier medio se acabe la obligación principal, porque como la fianza es accesoria, no puede subsistir cuando la obligación principal ya no subsiste (2245 C.).

837.—Como aplicaciones particulares de este principio se encuentran varias disposiciones. La prescripción adquirida por el deudor principal aprovecha siempre á los fiadores (640 C.) y la interrupción de la prescripción contra el deudor principal produce los mismos efectos contra el fiador (681 C.). Los fiadores quedan libres si el acreedor remite ó condona la deuda al deudor principal (2319 C.). La confusión ó consolidación en la persona del deudor principal extingue la obligación de los fiadores; pero la que se verifica en uno de éstos, no extingue la obligación del deudor principal ni la de los demás fiadores (2324 C.). El deudor no

puede reclamar compensación por lo que se debe á su fiador ó á otro deudor solidario; pero el fiador puede pedirla de lo que debe el acreedor al deudor principal (2333 C.).

838.—Queda también extinguida la fianza cuando el acreedor concede prórroga al deudor ó hace cualquiera otra novación en el contrato principal sin el expreso consentimiento del fiador (2246 C.), porque durante el tiempo de la prórroga, puede hacerse insolvente el deudor que antes no lo era; y sobre todo, no puede extenderse ni cambiarse la obligación del fiador sin que concurra su consentimiento (2346 C.).

839.—Cuando el deudor principal quiere pagar la deuda antes del plazo, sin mengua de los intereses que corresponden al acreedor, y éste se niega sin motivo justo, puede el deudor hacer la consignación, y verificada, queda el fiador eximido de toda obligación (2248 C.) como queda siempre que por cualquier medio legítimo se extingue la obligación principal.

TITULO VIGESIMO SEXTO.

DE LA HIPOTECA.

840.—La palabra hipoteca, lo mismo que la prenda, tiene acepciones diferentes, pues designa unas veces el contrato por el cual se constituye, otras el derecho real que de su constitución nace, y áun la misma cosa hipotecada. Considerada como derecho real es en el acreedor, *un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles ó derechos reales para garantir el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el lu-*

gar (2018 C.). Es derecho real porque gravita directamente sobre la cosa en que recae y se considera adherido á ella, de suerte que se tiene como obligada la cosa misma, ésta es la que persigue el acredor como si ella fuera la deudora, y la persona del que contrajo la deuda aparece más bien como subsidiaria. Es derecho real y no desmembración del dominio porque el dueño de ella continúa con su propiedad y áun con su posesión, ya que no se entrega al acreedor como la prenda, así es que puede hipotecarla á otró, puede enajenarla á título oneroso ó gratuito y puede, en general, ejercer todos los actos de señorío que corresponden al propietario de una cosa. Ese derecho real recae sólo sobre bienes inmuebles ciertos y determinados y sobre derechos reales, porque como lo hipotecado no se entrega al acreedor, es claro que sólo esos bienes y no los muebles, que pueden hacerse desaparecer fácilmente y confundirse unos con otros, son los que dan garantía al acreedor. Y aquí es de notar la gran ventaja de la hipoteca sobre la prenda para el desenvolvimiento del crédito y el impulso de la agricultura y de la industria; pues no sólo sirven los raíces por su mayor valor respecto de los muebles para obtener y garantir más considerables cantidades, sino que no impiden que el propietario continúe trabajando, mejorando y haciendo producir sus fincas, como se impediría si se entregaran al acreedor. Se dice por último, que la hipoteca garantiza el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el lugar porque este es su objeto: si la persona no cumple, responde la cosa afecta al cumplimiento; y si ocurriera el caso de un concurso, el acreedor tendría asegurado su pago en lugar preferente con el precio de la cosa que le estaba afecta. La hipoteca supone pues, necesariamente, que hay una obligación previa y en ese concepto puede te-

nerse como accesoria de aquella y la fortalece y asegura, subordinándose á ella y siguiendo sus vicisitudes, sin cambiar su naturaleza. Así, considerada como contrato puede decirse que es *un contrato consensual accesorio por el cual el deudor asegura á su acreedor, directa é inmediatamente, el cumplimiento de una obligación y la preferencia de su pago, con bienes inmuebles ó derechos reales.*

841.—En esta materia que es de las más importantes, se tratará en párrafos separados: 1º de las diferentes clases que hay de hipoteca: 2º de los caracteres esenciales de ésta: 3º de la extensión de la hipoteca: 4º de las personas que pueden constituirla: 5º de los bienes que pueden hipotecarse: 6º de los efectos de la hipoteca: 7° de la forma en que se constituye: 8º de las maneras de extinción de la hipoteca: 9º de las hipotecas legales; y 10º de las analogías y de las diferencias que hay entre las voluntarias y las legales.

PARRAFO PRIMERO.

DIVISIONES DE LA HIPOTECA.

I.

842.—La hipoteca puede ser *voluntaria* y *legal* (2043 C.). Voluntaria es *la que se constituye por libre convenio entre los interesados ó por disposición testamentaria* (2044 C.) y legal *la que se constituye por disposición de la ley* (2050 C.). Esta es la única división que hoy admite nuestra ley: una y otra hipoteca se consti-

tuyen con las mismas formalidades, una y otra se registran, y en una y otra se requiere que sean expresas y que se puntualicen y determinen los bienes en que recaen; y toda la diferencia está en que la legal se establece porque hay un precepto de la ley que ordena su constitución, mientras que la voluntaria debe su existencia al sólo convenio de los interesados.

II.

843.—Antes de la emisión de los Códigos, la hipoteca podía ser *expresa* y *tácita*, y esta división se confundía entonces con la de voluntaria y legal, pues todas las hiporecas legales quedaban constituidas sin necesidad de acto ó formalidad alguna por el solo ministerio de la ley, calladamente, y por eso se las llamaba tácitas.

844.—Nuestro actual sistema hipotecario rechaza abiertamente esos gravámenes que no son ó pueden no ser conocidos de todos: su base es la publicidad, el establecimiento de un registro en que cualquiera pueda saber si la propiedad es libre ó está sujeta á gravámen; y la consiguiente seguridad, base de la confianza de los que contratan, de que los bienes que no aparecen expresamente señalados con uno de esos gravámenes prestan verdadera garantía. En el sistema anterior, tal confianza y garantía no podían obtenerse, porque era muy difícil cerciorarse de que el contratante no estaba en algunos de los muy numerosos casos que causaban la hipoteca tácita. Así, hoy no se reconoce ninguna hipoteca que no sea expresa y pública, es decir, que no apareciendo inscrita en el registro de la propiedad, no produce efecto alguno contra terceras personas.

III.

845.—En la legislación anterior la hipoteca podía ser también *general* y *especial*. Especial *la que recaía sobre bienes ciertos y determinados;* y general *la que afectaba todos los bienes, presentes y futuros, de la persona que la constituía.* Hoy no existe tampoco esa división sino que toda hipoteca ha de ser especial, es decir, de bienes ciertos y determinados. Ni puede ser de otro modo en un buen sistema hipotecario, porque siendo la publicidad un elemento indispensable, no caben tales hipotecas que ni se registraban, ni daban por consiguiente, derecho contra tercer poseedor. La única ventaja que tenían para el acreedor era en caso de concurso respecto de los que no tenían hipoteca especial; pero la escasa garantía que en ese evento prestaban, y que podía desvirtuarse por la constitución posterior de hipotecas especiales, no podía prevalecer sobre los inconvenientes que originaba la desconfianza que eso producía.

846.—Como fácilmente se comprende, al decir que la hipoteca ha de ser especial no se significa que ha de recaer sobre una sola finca: puede el deudor hipotecar á su acreedor todos sus bienes inmuebles; pero individualizado cada cual, y registrándose cada hipoteca; y puede además, á medida que adquiera otros, hipotecárselos también; pero esto será hipoteca especial de muchos bienes, no la hipoteca general antigua que se refería á todos, sin hacer de ellos ninguna especificación.

———

IV.

847.—Por derecho español había también la hipoteca que se llamaba *pretoria* y la *judicial*. La judicial que era la que se producía por el embargo de bienes en el juicio ejecutivo, ha quedado reemplazada ventajosamente con la anotación preventiva que se hace no sólo en caso de embargo sino áun en el de demanda ordinaria por algún derecho sobre inmuebles; y la pretoria que era la que adquiría el acreedor en los bienes del deudor que se le mandaban entregar cuando no acudía éste al emplazamiento, de la demanda, esto es, por rebeldía ó contumacia, es enteramente innecesaria atendidos los derechos que las leyes de procedimientos dan actualmente al demandado para que no quede ilusoria su demanda por la rebeldía ó contumacia de aquel contra quien se endereza.

PARRAFO SEGUNDO.

CARACTERES DE LA HIPOTECA.

848.—Los caracteres esenciales y distintivos de la hipoteca son dos: 1.° su adherencia á los bienes hipotecados y 2.° su indivisibilidad.

I.

849.—En virtud de la adherencia de la hipoteca, los bienes hipotecados quedan afectos directamente á la

obligación cuyo cumplimiento garantizan (2019 C.), de modo que la hipoteca es un gravamen real que pesa constantemente sobre la cosa, áun cuando no se entrega ésta al acreedor. Mientras la hipoteca subsiste, va con la cosa misma aunque ésta cambie de dueño ó se verifiquen en ella modificaciones de importancia; y es, como dicen varios expositores, una especie de sello ó marca que señala la cosa hipotecada y por la cual pueden conocer todos la responsabilidad que tiene, y que se adhiere de tal manera á la finca sobre la cual gravita que la sigue como la sombra al cuerpo. Por esta razón el crédito garantido con hipoteca no es principalmente personal sino real porque se busca principalmente la garantía que da la cosa que asegura la obligación contraída por la persona. Por eso también se encuentra establecido que no obstante la enajenación de la cosa hipotecada subsiste la hipoteca, de suerte que el acreedor puede exigir, áun por la vía ejecutiva, de un tercer poseedor de los bienes hipotecados, el pago del crédito que con ellos se aseguró. Y por eso, finalmente, la ley establece que el comprador puede pedir que se deshaga la venta cuando resulta á la cosa un gravamen oculto (1607 C.); y se declara además que cuando el acreedor tuviere justo motivo para creer que se le perjudicará en la posesión de la cosa con una acción hipotecaria, puede suspender el pago del precio hasta que se le dé fianza de saneamiento, á no ser que haya pacto en contrario (1579 C.).

850.—La adherencia del gravámen de la hipoteca á la cosa hipotecada, es esencial para que aquella sea verdadera y positiva garantía que levante é impulse el crédito territorial. Sólo de ese modo, sabiendo el acreedor que mientras la cosa hipotecada exista, le responde, sin excepciones ni dificultades, del cumpli-

miento de la obligación contraída á su favor, y que el deudor no tiene medios para sustraerla de ese gravamen y hacer ilusoria la garantía, es como puede establecerse la confianza, base de frecuentes y más equitativos contratos.

II.

851.—Efecto inmediato de la adherencia de la hipoteca á la cosa hipotecada, es la indivisibilidad de aquella, en virtud de la cual se extiende y subsiste íntegra sobre todos y cada uno de los bienes hipotecados y sobre todas y cada una de las partes de ellos (2020 C.). En consecuencia, áun cuando se reduzca la obligación garantida, mediante el cumplimiento de una parte de ella, la hipoteca subsiste la misma por el resto en la totalidad de la cosa hipotecada; y si perece ó se destruye una parte del inmueble hipotecado, la hipoteca se conserva sobre la parte que queda. Si el deudor muere y deja varios herederos, de los cuales alguno ó algunos pagan la parte que les corresponde de la deuda de su causante, el acreedor no está obligado á cancelar la hipoteca mientras no se le pague íntegra, ni á reducirla á una parte de la cosa; y si muere el acreedor hipotecario, y el deudor paga á alguno ó algunos de los herederos de él la parte que les corresponde, los que no han sido pagados, conservan por su parte, sin alteración ni reducción, la hipoteca que en la totalidad de la cosa tenía su causante. Se sobreentiende pues, al constituirse la hipoteca que la finca no se libertará de ella sino por el cumplimiento íntegro de la obligación.

852.—Consecuencia de la indivisibilidad de la hipoteca es que si después de hipotecada una finca se di-

vidiere en dos ó más, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor (fr. 1.ª 2030 C.), porque la divisíón es un accidente que no debe perjudicar en nada al acreedor, el cual al contratar lo verificó en el concepto de que quedaba obligada toda la finca y cada una de sus partes al pago de toda la deuda. En caso de que acreedor y deudor acuerden la distribución, se sustituye la hipoteca primitiva con otras, tantas cuantas sean las fracciones en que se dividan la cosa y el crédito. Y si no se verifica la distribución, porque el acreedor es libre para acceder á ella ó no, y contra su voluntad no puede dividirse, su derecho no se altera; así es que puede repetir, por la totalidad de la suma garantida, contra cualquiera de las fincas en que se haya dividido la primera, ó contra todas á la vez, porque no ha habido de su parte novación que le pueda perjudicar (fr. 2.ª 2030 C.).

853.—Si por convenio entre acreedor y deudor se ha dividido entre varias fincas la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito; una vez pagada la parte con que, según el convenio, estuviere gravada alguna de ellas, podrá exigir aquel á quien esto interese, la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto á la misma finca. La razón es, porque entonces está pagada la deuda garantida por la nueva hipoteca que reemplazó con otras á la anterior (fr. 2.ª 2029 C.), de suerte que respecto de ella se extinguió totalmente el gravámen que la afectaba. Y como en igualdad de circunstancias, y cuando no hay perjuicio del derecho de un tercero, merece más favor la condición de los deudores, si la parte de crédito pagada se puede aplicar á la liberación de una ú otra de las fincas gravadas por no ser inferior al importe de la responsabilidad especial de cada una, el deudor tiene facultad de elegir

la que haya de quedar libre (fr. 3.ª-2029 C.), lo cual está de acuerdo también con el derecho que la ley (2314 C.), da al deudor de diversas obligaciones para declarar cual es la deuda á que ha de aplicarse el pago que haga.

PARRAFO TERCERO.

EXTENSION DE LA HIPOTECA.

I.

854.—Según se dicho ya, la hipoteca afecta directa é inmediatamente la cosa hipotecada, y puede recaer sobre una sola ó sobre varias fincas. Cuando se verifica esto último, esto es, cuando se afectan varias fincas á un tiempo á la responsabilidad de un solo crédito, los interesados deben determinar la cantidad ó parte de gravámen de que cada una ha de responder (fr. 1.ª 2029 C.). Esto tiene por objeto que no se perjudique el libre curso de las transacciones sobre bienes raíces ni se haga desmerecer el crédito territorial gravándolo más de lo que sea indispensable. No hay razón en efecto, para extender la garantía hasta un extremo que sea innecesario para el acreedor y positivamente perjudicial para el deudor; y esto se verificaría si á causa de no asignarse á cada finca la parte de gravamen que pesa sobre ella, no pudiera utilizar el deudor, para conseguir otros fondos por otra parte, el valor que de la finca queda libre después de asegurar competentemente el contraído con anterioridad. En efecto, si no se hace así, el exceso de garantía otorga-

do al acreedor será un obstáculo para que el deudor pueda conseguir algo más sobre las fincas hipotecadas porque quedan afectas á la totalidad del pago todas ellas y cada una de sus partes (2031 C.); más cuando se verifica la determinación de lo que á cada finca hipotecada corresponde, cada una de ellas solo queda afecta, en perjuicio de tercero, por la cantidad que se le hubiere asignado, puesto que como solo por esa suma se registra el gravamen, y no perjudica á tercero más que lo que aparece inscrito en el registro, cualquiera otro que haya contratado con el deudor con la garantía de esa finca, no tiene que ser postergado en su pago más que al pago del gravamen inscrito con anterioridad (fr. 2.ª-2029 C.). Esta consideración, poderosa respecto de tercero, poseedor ó acreedor, no milita igualmente respecto del deudor, así es que si una de las fincas no alcanzare á cubrir la cantidad que se asignó sobre ella, puede el acreedor ejercitar por lo que falte, su acción hipotecaria sobre las otras fincas. Así, el resultado es que en ese caso, por lo que no alcance á pagar una finca, puede el acreedor enderezar su acción hipotecaria contra las otras que estén todavía en poder del deudor, pero sin ninguna preferencia sobre las que, aunque con posterioridad, hayan adquirido legalmente algún derecho real sobre ellos.

855.—Esta determinación que se hace de la responsabilidad que queda á cada finca cuando son varias las hipotecadas, no se opone al principio de la indivisibilidad de la hipoteca. Tiene por objeto impedir, no la indivisibilidad, porque por la parte asignada á cada finca, responde toda esta y cada una de sus partes, sino evitar que el gravámen sea solidario para todas ellas con perjuicio del deudor y sin necesidad para el acreedor que solo conseguiría lujo de seguridad. Por lo demás, áun la solidaridad existe, con tal que no

sea en perjuicio de tercero, puesto que como se ha visto, mientras solo sea en atención del interés del acreedor y del deudor, todas las fincas hipotecadas que estén en poder de éste responden por la totalidad.

856.—La hipoteca no se limita exclusivamente á la finca ó fincas en que se constituye sino que se extiende también á las accesiones naturales, á las mejoras, á los frutos pendientes y á las rentas no percibidas al vencerse la obligación: al usufructo si se consolidare con la mera propiedad hipotecada; y al importe de las indemnizaciones concedidas ó debidas al propietario, ya procedan estas de la aseguración de los bienes hipotecados ó usufructos, ó ya de la expropiación hecha por causa de utilidad pública (fr. 1.ª 2026 C.). Tales agregaciones se consideran inmuebles ó por su naturaleza ó por estar adheridas á otras cosas que lo son, y la extensión á ellas que de la hipoteca hace la ley puede decirse que tiene su fundamento en la voluntad del deudor por ser la presunción natural la de que todos esos valores accesorios ó sustituidos quedan incluidos en la garantía. Esto además es justo porque así como el acreedor corre el riesgo de la pérdida y deterioros, es natural que se aproveche de los aumentos; y es útil hasta para el deudor porque en caso de ejecución, si el acreedor considera que con los frutos y rentas pendientes que son de más fácil realización hay para pagarse, contra esos accesorios seguirá la ejecución, dejando al deudor la propiedad del mueble.

857.—Como aplicación de esta disposición, y aunque el Código no la haga expresamente, se entenderán hipotecados juntamente con la finca, siempre que correspondan al propietario y áun cuando no se mencionen en el contrato: 1º Los objetos muebles colocados permanentemente en un edificio, bien para su adorno ó comodidad ó bien para el servicio de alguna indus-

tria, aunque su colocación se haya verificado después de constituida la hipoteca; pues mientras están en la finca constituyen parte de ella y es muy racional la presunción de que la intención de los contratantes fué incluirlos en la hipoteca.

2. ° *Las mejoras que consistan en nuevas plantaciones, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno ó elevación de los edificios.* Si las mejoras consisten en agregación de terrenos, parece lo más propio no comprender en la hipoteca la que proviene de la voluntad del hombre y no de la naturaleza, tanto porque no hay razón para presumir la intención de comprenderlas en la hipoteca como si la hay respeto de las naturales que no traen una nueva propiedad sino una extensión de la que ya había; cuanto porque aquí las agregaciones constituyen un sólo todo, lo cual no sucede en el otro caso.

Tampoco se entenderá hipotecada con la finca la nueva construcción de edificios donde antes no los había, porque esto no es una accesión natural ni una simple mejora, ya que los edificios, como hace notar Gutiérrez, no son como otras accesiones que se amalgaman á un terreno formando un todo con él; sino que constituyen una cosa aparte, diferente de la otra en todo, hasta en el nombre; y porque la presunción es de que no fué la voluntad del edificante incluirlo en la hipoteca como que el edificio no tenía precedente al constituirse ésta; y la conveniencia requiere para facilitar el crédito, que no se grave la propiedad con más responsabilidades que las que tenga especialmente constituidas.

3. ° *Los frutos que al tiempo en que deba hacerse efectiva la obligación hipotecaria estuvieren pendientee de los árboles ó plantas.* Son inmuebles sujetos á la hipoteca, por ampliación; mas no los ya cogidos,

pero no levantados ni almacenados, porque éstos, aunque no hayan salido de la heredad, ya no son propiamente pendientes: desde que están cogidos se tienen como muebles; y para afectarlos á esa responsabilidad sería necesario, como en la ley española, una disposición expresa.

4.° *Las rentas vencidas y no percibidas*, sea cual fuere la causa de no haberse hecho efectivas, y bien se paguen en metálico ó en frutos, pues la ley no hace distinción, y se consideran como parte del inmueble. Natural parece también la extensión á las que, áun después de vencida la obligación, hayan de seguirse pagando hasta que el acreedor sea satisfecho de todo su crédito.

5.° Respecto de *las indemnizaciones por aseguración ó por expropiación*, es evidente la justicia con que se extiende á ellas la hipoteca, pues el precio que pagan los aseguradores ó la indemnización que se da al expropiar, representa la cosa misma destruida ó expropiada; y lo natural es que sobre lo que la representa guarden su misma situación anterior acreedor y deudor, y no que un hecho independiente de la voluntad de aquel le produzca perjuicio libertando sin motivo, de sus obligaciones, al deudor. En el caso del seguro, el siniestro ha de haber ocurrido después de constituida la hipoteca, porque de lo contrario, y sabiendo que se había verificado, lo natural es suponer que la cosa sólo se hipotecó en lo que de ella quedaba ó en el estado que quedaba. Y como la indemnización, ya por seguro, ya por expropiación, pudiera ir á hacerse antes del vencimiento de la deuda hipotecaria, para atender en justicia los derechos del acreedor y evitar que desaparezca la garantía que prestaba la indemnización que reemplazaa la finca, la ley le concede el de solicitar que se deposite su importe, y así se hará

á menos que entre los mismos interesados se haya celebrado otro convenio especial acerca de ese punto. Hay que notar que el acreedor puede hacerse pagar con el precio del seguro ó producto de la indemnización antes de que se entreguen al dueño de la finca asegurada ó expropiada.

858.—Mas para que la hipoteca tenga la extensión que acaba de expresarse, se requiere que correspondan al propietario las mejoras y accesiones mencionadas, así es que si la finca hipotecada hubiere pasado á tercer poseedor, éste podrá retener las mejoras que á su costa hubiere hecho en ella y fueren separables sin deterioro de la misma finca. Respecto del tercer poseedor no hay en efecto, los mismos motivos que hay respecto del dueño para presumir la voluntad de comprender tales accesiones y mejoras en la hipoteca; por el contrario, no habiendo tenido participación alguna en su constitución, lo natural es entender que no quiso que se extendiera á lo que á él exclusivamente le pertenecía; y por eso, en falta de otro convenio, puede hacer la retención ó pedir que se separen. Mas si no fueren separables, ó no separase las que lo fueren, no podrá oponerse á la venta de la finca para hacer pago el acreedor hipotecario, y sólo después de satisfecho éste, tendrá derecho á serlo él (2027 C.). La preferencia dada al acreedor se funda en que éste no ha de ser perjudicado por actos de un tercero, y en que si la mejora ha aumentado realmente el valor de la finca, ha de quedar un sobrante para pagar, sin alterar el principio del respeto á la acción hipotecaria.

II.

859.—Hasta aquí se ha visto la extensión que tiene la hipoteca en cuanto á las cosas sobre que recae: ahora va á tratarse de la que tiene respecto del crédito que garantiza.

860.—La hipoteca asegura el capital y asegura los réditos ó intereses que no son más que parte y accesorios de aquel; de suerte que en lo que se refiere nada más que al acreedor y al deudor, la cosa hipotecada responde, y es natural que así sea, por todos los intereses devengados por el capital. Mas en lo que haga relación á tercero, es decir al que adquiera la finca hipotecada ú obtenga sobre ella, con la correspondiente inscripción, cualquier derecho real, la garantía por los intereses ha de tener un límite fijo, y no muy amplio, porque de otra suerte, se haría degenerar el principio de publicidad de la hipoteca, dejando afecta la cosa por una suma que no podía averiguarse por un tercero cual fuese, pues podía ser mayor ó menor el número de años no pagados, y eso infundiría desconfianza para otras negociaciones por no saberse cual era la parte que quedaba libre del precio de la finca. Además, fácil sería que el deudor se confabulara con alguno de los acreedores para simular que no estaban satisfechos intereses de mucho tiempo que sí habían sido ya pagados, y perjudicar de ese modo á otros; y para salvar todos estos inconvenientes, y buscando al propio tiempo la mayor igualdad y fijeza en la regla, está declarado que la hipoteca constituida á favor de un crédito que devenga intereses, no asegura, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años y la parte vencida

de la anualidad corriente (fr. 1.ª 2028 C.). De este modo, el tercero sabe á qué poder atenerse con seguridad y puede calcular el máximum de la suma por la que responde la cosa: por lo que exceda de ella, se presume, sin prueba en contrario, que el acreedor renuncia á la hipoteca en lo que pueda perjudicar á tercero.

861.—Y como el objeto es que conste clara y ciertamente cuál es la responsabilidad de la cosa hipotecada, sin entrar á limitarla por otras consideraciones; y no obligar al acrreedor á que sea exigente con el deudor por el pago de los intereses, la ley le da derecho de exigir, cuando el atraso de los intereses excediere de tres años, que la hipoteca constituida se amplíe sobre los mismos bienes, ú otros si éstos no fueren suficientes, con el objeto de asegurar los réditos que, en el momento de hacerse dicha ampliación, no estuvieren garantizados con la primera hipoteca; y si el deudor se opusiere, puede el acreedor solicitar judicialmente la ampliación y que se anote preventivamente su demanda (fr. 2.ª y 3ª 2028 C.). Con el derecho expresado, al mismo tiempo que no compele la ley á que se exijan los intereses al deudor cuando por cualquier causa no se le reclaman, el tercero que contrate sobre la cosa hipotecada, conoce cuál es el gravamen que sobre ella pesa, y no puede quejarse ya de que se la sujete á responsabilidades ocultas ó indeterminadas.

862.—Requiere la ley para la ampliación que el atraso de réditos exceda de tres años porque los dos últimos estaban asegurados con la hipoteca sin necesidad de otra cosa; y se requiere también que pertenezca al deudor la finca hipotecada y no á tercera persona que haya consentido en que sobre ella se constituyese la garantía, (fr. 4.ª 2028 C.) porque aunque en rigor se obligó por el capital y sus réditos, no es equitativo

que redunden contra él consideraciones personales del acreedor al deudor, y que se convierta en su daño la omisión ó negligencia de aquel para hacer que se le pague lo que con todo derecho habría podido facilmente cobrar; de manera que se entiende que el propietario quiere gravarla sólo con el importe de la deuda.

863.—La ampliación de que se ha hecho mérito perjudica ya á tercero, pero no al que antes de que se practique y después de los tres años, haya inscrito su derecho, porque nada puede causarlo contra el que ya inscribió antes legalmente (fr. 2.ª 2028 C.).

PARRAFO CUARTO.

PERSONAS QUE PUEDEN CONSTITUIR HIPOTECA.

864.—Como la hipoteca es especie de enajenación, sólo pueden constituir hipoteca voluntaria por contrato los que tienen la libre disposición de los bienes que obligan: de suerte que todos aquellos que carecen de ella carecerán también de la de hipotecarlos; y los bienes de tales personas sólo podrán hipotecarse en los casos y con los requisitos que establecen las leyes para su enajenación (1º 2024 C.).

865.—Los tutores, guardadores de menores incapacitados ó ausentes, el heredero provisional y los administradores de establecimientos públicos, sólo podrán hipotecar llenando los requisitos que la ley exige, entre los cuales figura la comprobación de la utilidad y necesidad, la licencia judicial y la autorización del Gobierno en su caso (373, 376, 429 C; 1699 á 1717 C. pr. y 10 y 13 Dec. Nº 272.).

866.—El marido no puede sin consentimiento de la mujer, hipotecar ni empeñar los bienes dotales en que la mujer conserva el dominio sino en los casos en que pueden venderse (1128, 1129 C. y 205 Dec. Nº 272.). Lo mismo respecto de los parafernales cuando él los administra (208 Dec. N°. 272.

867.—La mujer, tampoco puede, sin consentimiento del marido ó del juez en su caso, hipotecar (156 C. y 47 Dec. 272); y esto ni áun los parafernales que administre (267 Dec. N.° 272.).

868.—Los que tienen la libre disposición de sus bienes pueden hipotecar directamente por sí ó por medio de apoderado, mas éste necesita facultad especial que conste en escritura pública de poder general ó especial, aunque no sea exclusivo para eso (319 Dec. Nº 272.). Si la hipoteca se constituye por persona que no tiene poder bastante, surte sus efectos entre las partes, si la ratificare el dueño de los bienes hipotecados por documento público; y los surte en tal supuesto, desde la fecha de la constitución porque la ratificación hace que se retrotraiga el acto; pero contra tercero no los surtirá si no es desde la fecha en que se haya subsanado la falta cometida con una nueva inscripción en el registro; pues la retrotracción no puede serle perjudicial á él (293. Dec. N.° 272), ni derogar el principio fundamental de que á terceras personas sólo perjudica lo inscrito legalmente en el registro, desde la fecha de la inscripción. Aun entre acreedor y deudor, el permitirse la hipoteca sin poder, falsea según Pantoja, el principio del poder especial; y de esa suerte podría hipotecar áun el que actualmente no es dueño y adquiere después el dominio; pero el que convaleciera después no perjudicaría á terceros sino desde esta última fecha.

869.—Podrá hipotecar una cosa áun el que no tenga

un derecho absoluto, sino eventual, limitado ó sujeto á condiciones suspensivas, rescisorias ó resolutorias, pero aunque no se exprese, no se entenderá que lo hace sino con las condiciones ó limitaciones á que esté sujeto su derecho (2021 C.), como que él no puede destruirlas por su sola voluntad ni puede conferir á otro más derechos ó más extensos de los que él mismo tiene (2021 C.).

870—El partícipe de una cosa poseída pro indiviso puede hipotecar y subsistirá el gravamen sobre la parte que por la división le cupiere; pero si éste se extendió á más, no valdrá contra la voluntad de los respectivos adjudicatarios, sobre lo que no sea la parte del que hipotecó (535 C. y 192 Dec. Nº 272).

871.—Durante el matrimonio pueden los bienes comunes ser hipotecados por el marido, pero no por la mujer, porque aquel y no ésta es el administrador de tales bienes y quien ejerce el dominio actual (1091 C.).

872.—Acerca de la mujer separada de bienes, aunque el artículo 159 da á entender que puede hipotecar, parece más seguro que no pueda hacerlo sin licencia judicial por lo menos, ya que la fracción 2ª del artículo 1175 del Código Civil sólo la dispensa de la autorización del marido para enajenar á cualquier título bienes muebles.

873.—El socio sólo por ser tal, no puede hipotecar los bienes de la sociedad (1802 C.), pero sí puede hacerlo el socio administrador (1804 C.).

874.—Tampoco puede hacerlo el simple gestor de negocios (2251 C.) ni podían los condenados á penas que produjeran la pérdida de los derechos de familia (31 C. Pen.).

875.—Los acreedores de un concurso, así como pueden vender los bienes concursados, pueden también hipotecarlos, pero los síndicos y depositarios no tie-

nen esa facultad como inherente á su nombramiento. Son nulas todas las hipotecas voluntarias impuestas sobre los bienes del deudor dentro de los seis meses anteriores á la quiebra y á título gratuito (1445 C. pr.).

876.—Son nulas así mismo las hipotecas constituidas en razón de obligaciones no hipotecarias de fecha anterior, constituidas dentro de los sesenta días anteriores á la quiebra y en perjuicio de los acreedores (2º 1446 C. pr.). Se pueden rescindir también como fraudulentas las hipotecas constituidas á título gratuito en estado de insolvencia (2361 C.).

PARRAFO QUINTO.

DE LOS BIENES HIPOTECABLES.

877.—Se ha dicho ya que la hipoteca sólo puede constituirse sobre bienes inmuebles que estén en el comercio ó sobre derechos reales en los mismos, que, aunque en sí no son muebles ni inmuebles, participan de la naturaleza de las cosas sobre que recaen, y siendo sobre raíces participan de su fijeza y estabilidad. Como consecuencia de ésto, no podrán hipotecarse:

1. º *Los frutos y rentas pendientes, con separación del predio que los produzca* (2º 2024 C.). Los frutos pendientes sólo mientras no están separados del suelo que los produce son inmuebles (2º 505 C.) y siguen la naturaleza de la tierra ó fundo á que están adheridos, de donde se infiere que únicamente en ese concepto pueden ser hipotecados. Una vez separados, ya pierden su carácter de accesiones del suelo, y por tanto no están sujetos á hipoteca en virtud de su naturaleza de muebles. Otro tanto sucede con las rentas:

éstas se tienen siempre como muebles á menos que se tomen juntamente con el predio de que han de cobrarse.

2.° *Los objetos muebles colocados permanentemente en los predios, á no ser que se hipotequen juntamente con éstos* (3º 2024 C.). Esto, por la misma razón que respecto de los frutos acaba de darse: tales bienes sólo se reputan inmuebles en cuanto forman parte del predio en que están colocados (3º 505 C.), así es que dependiendo en este caso de una ficción su condición de inmuebles, sólo se sostiene mientras dura el hecho en que la ficción se apoya: de otra suerte, dependería del capricho del deudor que subsistiera ó no la hipoteca cambiando el destino ó colocación de esos bienes; y por este medio se evitan también actos que producirían la destrucción de las fincas.

II.

878.—Aunque la regla general es que todos los bienes raíces y derechos reales pueden ser hipotecados, la ley establece por motivos fundados, algunas excepciones, así es que no son materia de hipoteca:

1.° *Las servidumbres reales, sino en cuanto constituyen parte del predio dominante y cuando éste fuere hipotecado* (4º 2024 C.), porque la hipoteca es una manera de enajenación y la servidumbre no puede enajenarse separada del predio en cuya utilidad se halla establecida, ni puede existir sin él, como que es calidad esencial de ésta ser inseparable del fundo y no puede prestar ninguna garantía de otro modo ya que para aprovecharse de ella se necesita ser dueño ó poseedor legítimo del dominante.

2.° *El uso y la habitación* (5º 2024 C.). La razón es que el derecho del agraciado en uno y otro caso tiene tales restricciones que hacen irrealizable la hipoteca. El usuario sólo tiene derecho de aprovecharse de los frutos en cuanto basten para sus necesidades y las de su familia (1381 C.) y no puede cederlo ni arrendarlo (1383 C.): el derecho de habitación es áun más limitado, y como ninguno de los dos puede ser enajenado en todo ó en parte ni ser embargado, no pueden prestar garantía á un acreedor (197 Dec. Nº 273) de suerte que tampoco cabe en ellos hipoteca.

3.°. *Las minas, mientras no se hubiere obtenido el título de su concesión* (6º 2024 C.), porque hasta entonces no se adquiere su dominio, aunque estén situadas en terreno propio, como que la nación es dueña de todas las minas no obstante el dominio individual sobre el terreno en que se encuentran (577 C. y 448 C. Fisc.); y sólo se concede á los particulares la facultad de laborearlas y disponer de ellas como dueños, con los requisitos y según las reglas que establecen las leyes fiscales (578 C. y 451 á 458 C. Fisc.). La simple denuncia, y menos áun, el hecho sólo de tener una mina en terreno propio, no da por tanto derecho de hipotecarla, y con razón, porque antes de la concesión definitiva tienen que pasar muchos trámites y pueden ocurrir circunstancias que hagan que no llegue á tener efecto.

4.° *El usufructo que corresponde á los padres en los bienes de sus hijos.* Esta excepción se introdujo por el Dec. de Ref. Nº 272 (Art. 291) adicionándose así las que expresaba el Código. El motivo de ella es bastante obvio: la concesión de ese derecho tiene por objeto que se atienda á las necesidades de la familia y sirva para su sostenimiento y decoro, lo cual podría fácilmente quedar burlado si alguna vez pudiera com-

prometerse y el padre quedara ya por la hipoteca, privado de lo que produjese.

5. ° Tampoco puede hipotecarse porque no es materia de contrato, *el derecho de suceder en los bienes de una persona* (1421 C.).

III.

879.—Así como hay bienes y derechos que no pueden hipotecarse, hay otros que sí son hipotecables, pero con ciertas restricciones.

De esta especie son los que siguen:

1. ° *El usufructo convencional y el edificio construido en suelo ajeno; pero entendiéndose sin perjuicio del derecho del propietario ó del dueño del suelo* (2022 C.). Esta limitación es indispensable porque de otro modo se habría concedido facultad de gravar lo que pertenece á otro, sin consentimiento de éste: si el dueño de la propiedad ó del suelo no ha concurrido á hipotecar, los actos del usufructuario ó edificador sólo á éstos, en lo que es de ellos, puede afectar. Por el mismo motivo, la hipoteca del usufructo acaba cuando concluye éste, pues si bien el usufructo es hipotecable porque el ejercicio de tal derecho puede arrendarse, enajenarse y gravarse, es siempre en la inteligencia de que todo contrato dura en sus efectos únicamente por el tiempo que él subsista; y si no, podría el usufructuario á su arbitrio hacer de peor condición al dueño y prolongar indefinidamente esa restricción de su propiedad (1330, 1380 C.). Mas esto se entenderá siempre que el usufructo termine por cualquiera causa que sea ajena á la voluntad del usufructuario y no por renuncia que él haga de su derecho, porque de lo contrario esta-

ría en su mano perjudicar al acreedor hipotecario. Si en los otros casos la hipoteca acaba con el usufructo es por no perjudicar al propietario: en el caso de renuncia, ningún perjuicio se le irroga con que la hipoteca subsista hasta que se verifique otro hecho que haga terminarlos, como la conclusión del término por el cual se había constituido. Hay que notar que lo que se hipoteca es el ejercicio del derecho de usufructo, de modo que el acreedor queda como subrogado en el derecho del usufructuario á percibir los frutos.

2. ° —*Los bienes anteriormente hipotecados.* Estos pueden hipotecarse á otro áun cuando se hayan hipotecado antes con el pacto de no enajenarlos ó no volverlos á hipotecar, pero sin perjuicio, por supuesto, de la prelación que para cobrar su crédito tuviere, y no se le puede quitar sin su consentimiento, aquel á cuyo favor estuviere constituida la primera hipoteca (290 Dec. N. ° 272.). En otros términos, el pacto de que el deudor no enajene ó no pueda hipotecar lo hipotecado carece hoy completamente de efectos y es como si no se pusiera, y con razón, pues el acreedor sólo tiene derecho á oponerse á aquello que disminuya su garantía; y si él tiene inscrita su hipoteca, nada le importa que después de su inscripción le imponga el deudor otras ciento, ya en nada afectan la suya, y sólo pagado él integramente, lo serán los hipotecarios posteriores. Es asunto pues, que sólo interesa á los que después negocien con el deudor, admitir ó nó la hipoteca de lo ya hipotecado, y asuntos que han de resolver atendiendo al valor de la finca y á las cantidades por las que ya tiene que responder cuando la nueva obligación se constituye. Si á pesar de los gravámenes anteriores, creen que de su valor queda libre todavía un sobrante, aceptarán la hipoteca, y la rechazarán, de lo contrario; pero en ello nada tiene que hacer el

acreedor anterior, ni debe permitírsele que pueda usar de una exigencia injusta y exorbitante que sin aprovecharle á él de nada, perjudicaría mucho al deudor porque le imposibilitaría de usar como crédito del valor libre que áun le quedaba de lo hipotecado y obtener así los fondos que necesitara. El pacto de no enajenar lo hipotecado se usaba mucho, áun cuando no produjera el resultado de anular las hipotecas posterio-res, porque daba al acreedor el derecho de dirigirse ejecutivamente contra el tercer poseedor; y aunque esto se mantenía así por una disposición del Código (2. ° 968 C. pr.), quedó suprimido en la reforma que de ese artículo hizo el 205 del Dec. N. ° 273, según el cual todo acrecedor hipotecario se puede dirigir ejecutivamente contra el tercer poseedor, de acuerdo con lo que establece el artículo 2034 del Código Civil.

3. ° *La mera ó nuda propiedad* (2036 C.); y según se ha visto ya, si se consolidare después con ella el usufructo, se extenderá á éste la hipoteca sobre aquella constituida.

4. ° *Los bienes litigiosos.* Se permite su hipoteca, pero es de manera que no se perjudique el derecho del que deduce alguna acción sobre ellos, si él por su parte le da publicidad haciéndola anotar preventivamente en el registro (1º 2111 C.) ó haciendo constar en él por este medio la calidad de litigiosos que tienen esos bienes (2025 C.). La única consideración que podría haber para prohibir hipotecar las cosas litigiosas sería en efecto, que quedara burlado el derecho del que peleaba en juicio sobre ellos, si obtenía un resultado favorable; pero dejando sujeta la hipoteca á las resultas del juicio, si está anotada la demanda, esa consideración desaparece. Mas si él no anotó su demanda, si en el registro no hizo constar de algún modo el carácter litigioso de los bienes, como podía hacerlo, debe á

sí solo imputárselo, y el acreedor hipotecario no puede perjudicarse por un hecho al que el otro, en resguardo de sus intereses, no cuidó de dar la necesaria publicidad legal. Si así no fuera, el acreedor dudando si había ó no litigio sobre los bienes que iban á hipotecarse, se retraería muchas veces de dar su dinero, perjudicándose así el crédito, mientras que si sabe que apareciendo libre la finca en el registro, puede contratar con seguridad, se prestará fácilmente á darlo y si allí consta el litigio, con conocimiento de causa verá si le conviene ó no correr el riesgo del resultado del pleito. Por este medio pues, no se vulnera en nada el derecho del litigante, el cual puede anotar, ni se falta al principio de que sólo afecta á tercero lo que consta en el registro, ni se impide que lo litigioso pueda dar la seguridad que quiera darse al éxito eventual del debate.

5.° *El derecho hipotecario que da la hipoteca convencional.* Es en efecto, un derecho real y como tal, sujeto á ser hipotecado; mas el gravamen que sobre él se constituya y que puede llamarse una sub-hipoteca, queda pendiente de la resolución del derecho de la primera una vez que el acreedor primitivo no puede dar al sub-hipotecario un derecho que tenga más extensión que el suyo propio, así es que extinguiéndose éste, tiene que quedar extinguido aquel. En consecuencia, si el primitivo deudor paga, acaba la hipoteca y con ella la sub-hipoteca también; mas si es el segundo deudor el que paga, sólo la sub-hipoteca habrá acabado, pero la hipoteca primera quedará subsistente. Le dará pues, por lo menos al acreedor la ventaja de pedir que el deudor primitivo no satisfaga el crédito sin su conocimiento para poder así hacerse pago con él. Lo dicho que ninguna dificultad ofrece respecto de la hipoteca voluntaria, no es admisible respecto de la

legal, porque si pudieran sub-hipotecar las personas á quienes la ley la concede, cuando no son legalmente capaces para enajenar por sí el crédito hipotecario (294 Dec. N.° 272), daría por resultado destruirla en la mayor parte de los casos, contra el propósito de la ley de favorecer y proteger especialmente á tales personas por las circunstancias en que se encuentran.

6.° *Los bienes vendidos con pacto de retroventa;* pero verificándose ésta, acabará la hipoteca (1621, 2021 C.) de suerte que el acreedor ha de cuidar de que en caso que se realice no se entregue el precio sin su conocimiento para poder hacerse pago con él.

7.° *Pueden darse en hipoteca no solamente los bienes propios sino áun los ajenos con tal que intervenga el consentimiento expreso del dueño al constituirse, que conste con la misma formalidad, y que tenga él la libre disposición de sus bienes* (fr. fin. 2028 C.). Ningún inconveniente hay para ello pues propiamente se reduce á que el dueño hipoteque sus bienes para la garantía de obligación ajena, lo cual puede hacerse perfectamente. Mas el que hipoteca una finca ajena como propia, y el que dispone de ella como si fuera libre sabiendo que está gravada, incurre en responsabilidad penal (176 C. pen).

PARRAFO SEXTO.

EFECTOS DE LA HIPOTECA.

880.—La hipoteca da derechos al acreedor sobre la cosa hipotecada respecto del deudor y respecto de terceras personas: van á examinarse separadamente los

efectos que se refieren más directamente á terceros poseedores, y los que son independientes de éstos.

I.

881.—1º Como la garantía del acreedor está en el valor de la finca hipotecada, si éste estuviere disminuyendo por dolo ó culpa del dueño, el acreedor hipotecario, rindiendo de ello justificación bastante, tiene derecho de pedir que se constituya nueva y competente garantía; y en falta de ésta, que se venda desde luego el inmueble, áun cuando no esté vencida la obligación. Se necesita que la disminución de valor sea por dolo ó culpa porque sólo entonces hay hechos imputables al propietario, que no han de parar perjuicio al acreedor (292 Dec. de Ref. N. ° 272). Este mismo artículo señala la sustanciación breve que ha de darse á ese punto y los términos igualmente cortos en que ha de darse la resolución.

882.—2º Derecho del acreedor hipotecario es también el de poder enajenar ó ceder su crédito en todo ó en parte (294 Dec. N. ° 272) con tal que el traspaso se haga en escritura pública de que se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el registro. Verificada así la cesión, el cesionario se subroga al cedente en todos sus derechos (2049 C.). Es transferible el crédito hipotecario como lo son todos los créditos por regla general, porque la circunstancia de estar garantido con hipoteca no puede, porque no hay motivo alguno para ello, quitarle esa calidad. Se requiere escritura pública, por ser ésta indispensable también para la constitución de la hipoteca y porque siempre versa la cesión sobre inmuebles; y se necesita de inscripción en el registro pa-

ra que conste en él todo lo que á cada finca se refiere; si bien pudiera haberse suprimido esta circunstancia porque lo que esencialmente debe dar á conocer el registro es si la propidad está libre ó gravada; y en este último caso, cuál es el importe de los gravámenes sin que sea de gran consecuencia la designación de la persona á cuyo favor está constituido el gravamen, lo cual, al exigirse el cumplimiento de la obligación garantida, se averiguará oportunamente en los tribunales. Por esta consideración, y por la de que el deudor por la cesión no queda obligado al cesionario más de lo que lo estaba al cedente, que no puede por un hecho exclusivamente suyo empeorar la condición de aquel, se permite en algunas legislaciones la transmisión del crédito hipotecario por endoso, especialmente cuando se ha constituido para garantizar obligaciones transferibles por este medio ó títulos al portador.

883.—Se exige además que se dé al deudor conocimiento de la cesión, es decir que tenga noticia de ella aunque no la acepte ni consienta; pero áun ese conocimiento no es esencial para la validez del traspaso, sino para que el deudor no pueda ya pagar al cedente, como podría hacerlo y quedar libre de la obligación, si lo verificase antes de que se le notificara (1634 C.). Así pues, la notificación solo es necesaria para que la cesión produzca efecto respecto del deudor ó de terceros lo mismo que pasa en los créditos comunes (265 Dec. Nº 272); y lo mismo también que en éstos ha de hacerse por un acto notariado, ó ante la autoridad judicial.

884.—Para la cesión no hacía el Código distinción de hipotecas convencionales y legales. Era sin embargo indispensable que se hiciera, porque establecidas las últimas casi siempre á favor de personas que necesitan y merecen la protección especial de la ley, si

aquellos para cuya garantía se han creado pudieran transmitirlos, antes que cesara el motivo por el cual les dispensa el legislador esa protección, quedarían en descubierto esos intereses que la ley por un principio de conveniencia social quiere que se respeten. Por este motivo, en las reformas del Código (265 Dec. Nº 272), para la cesión de esas hipotecas no solo se exigen los requisitos comunes sino además que llegado el caso de poder demandar el cumplimiento de la obligación, la persona que tiene á su favor el crédito y lo cede, sea legalmente capaz de enajenarlo por sí. Entonces ya no hay peligros: la hipoteca ya no tiene por objeto asegurarlos bienes sino realizar el pago del menoscabo que hayan podido experimentar, como en el mayor que enajena el crédito asegurado con hipoteca legal contra el que fué su curador.

885.—Hay que recordar que en la novación que procede porque hay nuevo acreedor, se transmiten á favor de éste todos los gravámenes é hipotecas que se contenían en la obligación anterior, sin necesidad de que se expresen en la posterior (2344 C.).

886.—3. ° Establecida la hipoteca para asegurar el pago, si no lo verificare el deudor vencido el plazo, puede exigirlo ejecutivamente el acreedor, y hacerlo efectivo por esa vía en la cosa hipotecada, sea que esté en posesión del mismo deudor ó de un tercero, dentro de diez años contados desde la fecha del plazo ó del cumplimiento de la condición (916 C. pr.). Y como se trata de dar toda garantía al deudor y de facilitar los medios de hacer pronto efectiva su acción sin dilaciones ni trabas, especialmente las muchas que antes se ofrecían en los juicios de tercería, de concurso ó de testamentaría que eran tan largos y cuyo resultado tenía que esperar el ejecutante, se halla expresamente declarado que el procedimiento ejecutivo entablado

por el acreedor hipotecario, no se suspenderá si no es por reclamación de un tercero fundada en un título de dominio inscrito con anterioridad al título del acreedor ejecutante (294 Dec. 273). Tampoco se suspenderá por la defunción del ejecutado, sea el deudor ó tercer poseedor, ni por la declaración de quiebra ni por el concurso de acreedores de cualquiera de ellos. Se ve pues, que la acción ejecutiva hipotecaria no encuentra otras restricciones en el procedimiento que las que imperiosamente exige la justicia, y que sólo podrá ser postergado el derecho del acreedor al que da un título de dominio ú otra hipoteca inscrita con anterioridad, y áun para eso,en este último caso sigue el procedimiento y sólo hay que aguardar que se resuelva sobre la prelación. En el primero, es forzosa la suspensión porque el título presentado indica suficientemente que la cosa es ajena, y es forzoso ventilar antes ese punto; sin que por otra parte el acreedor tenga justo motivo de queja ni pueda á ninguno culpar sino á sí mismo, porque registrado ese título ó hipoteca anterior sobre la cosa, debió haber tenido cuenta de él al constituirse la obligación á favor suyo.

887.—4. ° Puede también el acreedor, en virtud de convenio expreso acordado al tiempo de constituirse la hipoteca, hacer vender la finca hipotecada sin las solemnidades judiciales, denunciando al juez del concurso, si lo hubiere, los términos de la venta (2390 C.). Y si al constituirse la hipoteca se ha establecido el precio en que la finca hipotecada ha de adjudicarse al acreedor, pero sin renunciarse la subasta, al señalarse día para el remate se fijará como base la cantidad convenida, y será postura admisible la que exceda de ella y cubra al contado el crédito: no habiéndola, se decretará la adjudicación por el precio convenido. Si además se huebire renunciado la subasta, se hará la

adjudicación al acreedor tan pronto como éste lo solicite (228 Dec. 273).

888.—5. ° No sólo no se suspende la acción ejecutiva hipotecaria por la formación de concurso sino que el acreedor no tiene que entrar en ese juicio (2. ° 357 Dec. 272); y para ello, si el representante de los acreedores desconoce su derecho, justificará en un juicio sumario, la legitimidad de su crédito (358 id.).

889.—6. ° Del precio de la finca hipotecada se pagan los acreedores hipotecarios conforme á la fecha de su respectiva inscripción, comprendiéndose en el pago los réditos de los dos últimos años y la parte vencida de la anualidad corriente (559 id.), después de los gastos judiciales del juicio sumario y de venta, de los gastos de conservación y deuda de seguros de la misma cosa y de las contribuciones reales de los últimos cinco años (2392 C.). Cuando no alcanza el precio de la cosa hipotecada, los acreedores hipotecarios pueden proseguir su acción en otros bienes del deudor; (926 C. pr.) y si hubiere concurso, por lo que se reste, entran á él y tienen derecho á ser pagados por su orden después de los acreedores privilegiados en los otros bienes del fondo del concurso, de suerte que van juntamente con los escriturarios no privilegiados (368, 369 id.).

890.—7. ° Las esperas ó quitas concedidas por los acreedores simples no perjudican al acreedor hipotecario que se opone (1469 C. pr.).

II.

891.—Para el objeto de que va á tratarse, se entiende por tercer poseedor, todo el que, sin ser el deudor

mismo ni su representante ó heredero, tiene en su poder la cosa hipotecada. Según el artículo 2179 del Código bastaba para considerar á alguno como tercer poseedor para los efectos de la hipoteca, el que se hubiera adquirido solamente el usufructo ó dominio útil de la finca gravada, ó bien la propiedad ó dominio directo, quedando en el deudor el derecho correlativo. Respecto de tercer poseedor hay que considerar 1. ° cuáles son los efectos que produce la hipoteca y 2. ° desde cuando los produce en perjuicio de tercero.

892.—Sea voluntaria ó legal la hipoteca, surte sus efectos contra terceras personas, si la obligación es pura ó simple, desde la fecha de la inscripción en el registro; porque desde entonces es pública y puede ser conocida de todos la existencia del gravamen, y desde entonces debe comenzar á producir al acreedor resultados favorables, su mayor ó menor diligencia en acudir al registro.

893.—Si la hipoteca se ha constituido para la seguridad de una obligación futura ó sujeta á condiciones suspensivas inscritas, y llegare la obligación á contraerse ó la condición á cumplirse, surtirá sus efectos contra tercero desde la fecha de su inscripción (2046 C.) porque se retrotrae todo á la época en que la obligación se contrajo. De ello no tiene que reclamar el tercero porque inscrita previamente la obligación ó condición, como se inscribe todo lo que en cualquier concepto modifica ó afecta la propiedad, sabía él que podía sobrevenir aquella obligación ó aquella condición realizarse, y en ese supuesto y con ese peligro, del cual estaba advertido por una constancia auténtica, hizo su contrato sobre la cosa ó admitió hipoteca posterior. El artículo se refiere á toda condición suspensiva, mas parecía natural excluir la potestativa en

que todo depende de la voluntad y cuyos efectos no se retrotraen como las de los otras.

894.—Si la obligación no es condicional sino á término ó con plazo, la hipoteca surte efectos contra tercero desde el día del contrato porque desde entonces existe la obligación que asegura, y el día llegará ciertamente, de modo que, propiamente hablando, no se suspende la obligación sino sólo se retarda el pago.

895.—Si la condición inscrita á que la obligación asegurada estuviere sujeta, fuere resolutoria, la hipoteca subsistirá desde su inscripción y no deja de surtir sus efectos en cuanto á tercero, mientras subsista la obligación principal, por no haberse realizado la condición resolutoria y hecho constar su realización en el registro (2047 C.). El hecho que lleva la condición resolutoria deja sin efecto la obligación principal y por lo mismo los efectos de la hipoteca no pueden continuar; y no continuan desde que el registro declara que se verificó ese hecho.

896.—Hay que notar que así como puede asegurarse con hipoteca una obligación pura ó condicional; siendo la realización de esa condición, en el último caso, necesaria para hacer efectiva la hipoteca; ésta también é independientemente de la obligación que asegura, puede ser condicional si se hace depender de una condición su constitución ó subsistencia.

III.

897.—En virtud de la adherencia de la hipoteca al inmueble hipotecado, acompaña á éste el gravamen, sea cual fuere la persona en cuyo poder se encuentre, y el deudor no puede empeorar su condición con tras-

pasarla á otro. En consecuencia, si vencido el plazo, no pagare el deudor después de ser requerido judicialmente ó por escribano, el acreedor podrá dirigir la acción ejecutiva contra el tercer poseedor de los bienes hipotecados y exigir que con los que éste posea se le pague el crédito asegurado y los réditos en los términos que debía hacerlo el deudor (2034 C.). Según se ve, no hay necesidad de dirigir primero acción personal contra el deudor, ni de hacer previa excusión en sus bienes y que conste su insolvencia, porque todo esto será dilatorio y dispendioso y haría bastardear el carácter de responsabilidad principal que tiene en sus efectos la hipoteca y desvirtuar la consideración de que como el deudor atendió principalmente á la seguridad que le daba la cosa, de preferencia ó por lo menos, con independencia de la que le dieran las circunstancias personales del deudor, ha de poder perseguir la cosa sin tramitaciones largas y embarazosas. Mas como al propio tiempo no hay que olvidar que la hipoteca como accesoria supone siempre la existencia de una obligación personal principal, y si ésta se satisface, queda sin efecto; y que la equidad aconseja que no se moleste al tercer poseedor antes de hacer aquello que sin tomar tiempo, no perjudica al acreedor, se exige la constancia auténtica de que el deudor principal ha sido requerido, con lo cual no se atenta en nada contra la índole del crédito hipotecario ni contra la seguridad que ha de dar del expedito cumplimiento de la obligación al llegar su plazo.

898.—Verificado el requerimiento y no pagando el deudor, el tercer poseedor puede hacer una de tres cosas: pagar dentro de los tres días siguientes á la demanda del acreedor: hacer abandono dentro del mismo término de los bienes hipotecados; dejar que continúe contra él la ejecución (fr. 2ª 2034 C.).

899.—Si paga el crédito hipotecario en todo ó en parte, queda respectivamente subrogado en los derechos del acreedor (2042 C.), de suerte que puede hacer valer contra el deudor las acciones que aquel tenía, á menos por supuesto que de antemano se hubiera descontado esa cantidad del precio en que adquirió la finca.

900.—Si desampara los bienes hipotecados, cesa de su parte todo motivo de responsabilidad, así es que se considerarán aquellos en poder del deudor, á fin de dirigir contra él mismo el procedimiento ejecutivo (fr. 2ª 2035 C.). Con mucha justicia se da al tercer poseedor la facultad de hacer abandono de los bienes; y haciéndolo, se le exonera de toda responsabilidad personal y de molestia ulterior, porque él, en tanto está obligado únicamente en cuanto posee los bienes sobre que pesa el gravamen. El acreedor no tiene derecho para pretender que él tenga responsabilidad personal porque al contratar se satisfizo con la garantía que daba la cosa hipotecada, y esa garantía es la misma, hallándose en poder del mismo deudor ó de un tercero. Por de contado, el tercer poseedor puede exigir del deudor el reembolso de lo que haya dado por la cosa, aunque sea menor la cantidad en que se venda para pagar al acreedor.

901.—Y finalmente, si el tercer poseedor no paga ni desampara los bienes, se sigue contra él la ejecución sobre los bienes hipotecados; y será además personalmente responsable con los suyos propios, por los intereses devengados desde el requerimiento y por las costas ó gastos del juicio, porque á uno y otro dió lugar con su resistencia ó morosidad (fr. 1ª 2035 C.).

902.—De cualquier modo que sea, no pagándose al acreedor, éste prosigue su ejecución y se llega al término natural de vender los bienes hipotecados y con

su producto hacerle pago. Puede suceder que no haya otro crédito hipotecario sino el que motivó la ejecución, y puede suceder también que haya más hipotecas. En el primer caso, pagado el ejecutante, y entregado al deudor de orden del juez el resto, mandará éste cancelar la inscripción de la que pesaba sobre la finca y le quedará al comprador libre de todo gravamen.

903.—En el segundo, el rematario puede optar por continuar reconociendo sobre la finca esos otros créditos hipotecarios, y puede convenirle no hacerlo así. Si prefiere que sigan sobre la finca subastada, pasarán á su cargo juntamente con ésta, lo cual sucederá generalmente cuando el resto del precio, deducido lo que se pagó al ejecutante, alcance á satisfacerlos todos (2036 C.). Los acreedores inscritos en nada se perjudican con esto porque subsiste para ellos la misma garantía que estaba estipulada, es á saber, la de la finca; y poco les importa para el ejercicio de sus derechos en los mismos términos, que sea éste ú otro el individuo en cuyo poder se encuentre.

904.—Pero puede no convenir al rematario continuar reconociendo sobre la finca que adquiere los otros gravámenes, sea porque no alcanza á cubrirlos el precio del inmueble ó por cualquier otro motivo, y entonces, como su responsabilidad no es más que por el precio del remate, una vez deducido el crédito del ejecutante, pide la citación personal de los acreedores inscritos para que se pague á los de plazo vencido y se deposite lo que corresponda á los de plazo pendiente, según la prioridad de sus respectivas inscripciones y hasta la cantidad concurrente del precio del inmueble rematado, y regulándole á cada crédito los intereses no cubiertos de los dos últimos años y de la anualidad en curso (2037 C.). Hecho esto, queda liberada

la finca de los créditos que pesaban sobre ella, aunque algunos hayan quedado sin pagarse, y el juez á solicitud del mismo rematario, decreta la cancelación en el registro de las inscripciones que se refieren á los créditos expresados (2038 C.). Con este procedimiento, en nada se atenta tampoco á los derechos de tales acreedores. Hubo necesidad de subastar la finca y el derecho que sobre ésta tenían se traslada al precio del remate que la representa; y el comprador á nada más está obligado que á entregar ese precio y tiene perfecto derecho de que la finca se le entregue libre. Por lo demás, si ellos creían que valía más y que pagada mejor hubieran alcanzado el pago, pudieron ocurrir durante la ejecución y hacer ellos ó buscar quien hiciera mejor postura; y si no, por la citación personal que se les hace, pudieron deducir su derecho para reclamar la preferencia que creyesen que les correspondiera con antelación al ejecutante. Si nada de eso hicieron, es culpa de ellos y efecto de imprevisión y de haber admitido una garantía incompetente.

905.—Es de advertir que aunque los acreedores no ocurran, si son de mejor derecho que el ejecutante, por anterioridad en la inscripción, puede el rematario no entregar á éste sino lo que quede después de lo que aquellos créditos importan, á no ser que la citación se les haya hecho antes sin que ocurran. Y si bien se dice que queda depositado el importe de los créditos de plazo vencido, no parece que pueda haber dificultad en que el juez se lo mande entregar desde luego, con deducción en su caso de los intereses correspondientes, pues esto puede aprovecharles y no perjudicar á nadie.

906.—De manera análoga se procede cuando el remate de la finca hipotecada se ha hecho para pagar una parte de la deuda cuyo plazo ya está vencido ó

para el de los intereses, y áun quedan por satisfacerse otros plazos, todavía no vencidos. La finca se transfiere al comprador si él quiere continuar reconociendo el gravamen, con la hipoteca correspondiente á la parte del crédito que no estuviere satisfecha, y que se deduce del precio con los intereses correspondientes (2039 C.). Mas si el comprador no quiere la finca con ese gravamen, se depositará su importe con los intereses respectivos, para que sea pagado el acreedor al vencimiento de los plazos (2040 C.) y á él se le mandará cancelar la hipoteca.

PARRAFO SETIMO.

FORMA DE LA CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA.

907.—Toda hipoteca sea voluntaria ó legal, debe constar en escritura pública no sólo porque la hipoteca es una especie de enajenación de bienes raíces (233 Dec. Nº 272) sino también porque para que surtan sus efectcs han de inscribirse en el Registro de la propiedad (2052, 2065 C.) y en éste no se admiten los documentos privados (2066 C.).

PARRAFO OCTAVO.

908.—La hipoteca se extingue por cualquiera de los modos siguiguientes:

1. ° Por acabarse por cualquiera de los medios legales la obligación que garantiza, pues como accesoria de ésta, acaba en cuanto acabe ella.

2. ° Por destrucción total de la cosa hipotecada, porque ya no hay sobre qué recaiga el gravamen; pero si quedare algo de ella subsistirá en esa parte (1º 2126 C.).

3. ° Por cancelación decretada por el juez en caso de remate de la finca por ejecución, pagado por el rematario el precio respectivo (2037, 2038, 2040 C.).

4. ° Por resolución del derecho del que hipotecó, porque no pudo transferir más que el que tenía (2021 C.).

5. ° Por expropiación; y entonces, el derecho del acreedor se transporta sobre el precio (fr. 1. ª 2026 C.).

6. ° Por prescripción de quince años entre presentes ó ausentes, contados desde que es exigible la deuda que asegura la hipoteca (658, 2033 C.). Esta acción tiene fuerza ejecutiva durante los diez primeros años de esos quince, contados desde el vencimiento del pago si se fijó en el instrumento; y desde el cumplimiento de la condición, si la obligación es condicional (916 C. pr.).

909.—Aun cuando la obligación principal no se extinga, acaba la hipoteca en varios casos.

1. ° Cuando siendo dos ó más los herederos del arrendatario en locación que no les es obligatoria, continúa ésta para algunos de ellos, que entonces no subsisten las hipotecas anteriores constituidas á favor del locador (1. ° 1732 C.).

2. ° Por la ampliación del plazo de una deuda sin consentimiento expreso del dueño de lo hipotecado (2346 C.).

3. ° Cuando se sustituye un nuevo deudor (344 Dec. N. ° 272.)

910.—De todos modos, para que la extinción de la hipoteca surta sus efectos ha de estar cancelada su inscripción en el registro (2125 C.).

911.—Antes de concluir este punto, ha de recordarse

que en la novación, cuando la nueva obligación se limita á imponer una obligación penal para el caso de no cumplirse la primera, y son exigibles juntamente una y otra, las hipotecas sólo subsisten hasta la concurrencia de la deuda principal sin la pena. Si solo ésta es exigible en caso de infracción, hay novación desde que el acreedor sólo esa exige y quedarían por el mismo hecho extinguidas las hipotecas de la obligación primitiva. (343 Dec. N.º 272.)

PARRAFO NOVENO.

DE LAS HIPOTECAS LEGALES.

912.—Entrando ya á examinar las hipotecas legales corresponde ver 1.º el motivo de su creación. 2.º cuáles reconoce el Código. 3.º Quiénes tienen derecho de pedir su constitución. 4.º los puntos en que se equiparan y en los que se diferencian de las voluntarias.

I.

913.—Antes se ha explicado ya el concepto en que se reconocen hoy las hipotecas legales. Sin ser generales sino sobre ciertos y determinados bienes: sin ser tácitas porque han de estar constituidas en escritura pública debidamente registrada; lo que sustancialmente las distingue de las voluntarias es que éstas se constituyen por convenio, mientras que las otras la ley es la que previene que se establezcan. Para hacerlo así, preciso es que concurran motivos poderosos que determinen al legislador á intervenir y esos motivos consisten en razones de interés y conveniencia social

que exigen que á ciertas clases se les dispense una protección especial por las circunstancias particulares en que se encuentran.

914.—Todas las legislaciones han tratado de velar cuidadosamente por los intereses de los menores que son manejados por otras personas: los menores por sí no pueden, como lo hace un mayor con la hipoteca voluntaria, estipular para sí convenientes seguridades; y para que no quede desamparado su derecho, la ley ordena que los que manejan sus bienes tengan que constituir hipoteca á favor de ellos. Las mujeres casadas necesitan también ponerse á cubierto de la disiación que de su capital poprían hacer sus maridos; pero sin la mediación de la ley, habría muchas consideraciones que las retrajeran de exigir de sus esposos esa seguridad; y la ley interviene por eso y ordena lo que ha de hacerse y la hipoteca que ha de constituirse. No es pues, de una manera caprichosa como se decretan tales hipotecas: hay siempre un interés público de por medio, y consideraciones sociales ó de familia á que es forzoso atender. La hipoteca legal actual ha reemplazado ventajosamente á la antigua, pues si bien ésta aparecía con más extensión por su generalidad, no tenía la eficacia que la de hoy, tanto porque podía haber otros gravámenes tácitos como por los pleitos á que daba lugar. La que hoy se reconoce, si bien especial y concreta, da perfecta garantía á los intereses que se trata de conservar y que son los mismos por los que la legislación anterior se empeñaba, aunque de un modo inadecuado al objeto.

II.

915.—La ley establece las siguientes hipotecas:

1.° A favor de los hijos por su peculio (2056 C.).

2. ° A favor de los menores ó incapacitados, respecto de sus tutores ó guardadores, sean testamentarios legítimos ó dativos y áun respecto de los naturales, cuando pasan á segundas nupcias (350, 351, 429, 2050 C.).

3. ° A favor de la mujer casada respecto de su marido. (1123, 1150 C.).

916.—El derecho que tienen las personas á cuyo favor se establece hipoteca legal es el de exigir la constitución de una, especial y competente, sobre cualesquiera bienes inmuebles ó derechos reales hipotecables de que pueda disponer el obligado á prestarla (fr. 1. ª 2051 C.). Y podrá pedirse en cualquier tiempo, aunque haya cesado la causa que le diera fundamento como la patria potestad, tutela ó guarda, siempre que esté pendiente de cumplimiento la obligación que debiera haberse asegurado (id fr. 2. ª), porque aunque lo propio y natural es pedirla antes, debe haber igual derecho mientras subsiste la obligación de dar ó restituir, resultado de la que se ha de asegurar con hipoteca.

III.

917.—Respecto de la hipoteca legal por peculio adventicio, el hijo á cuyo favor haya de constituirse en razón de él, tiene derecho á que los bienes inmuebles que lo constituyen se inscriban en su nombre en el registro, si ya no lo estuvieren, con expresión de esta circunstancia, y á que el padre le asegure con hipoteca especial los bienes que no sean pertenecientes al mismo peculio (2056 C.). Con la inscripción de los inmuebles en nombre del hijo, se le da la mejor garantía porque ya pueden conocer todos que forman su pro-

piedad, que componen su peculio y que no puede el padre disponer de ellos: no hay pues, necesidad de exigir de éste más seguridades. Mas si los bienes consisten en muebles ó capitales, sí se requiere hipoteca de los inmuebles del padre, aunque atendida la condición de éste y el interés y el amor que ha de tener por su hijo, se establece que si son insuficientes los inmuebles que tiene, se constituirá sin embargo, la hipoteca sobre ellos, á reserva de ampliarla en otros que haga suyos en lo sucesivo. Y si ningunos tuviere que hipotecar en seguridad de los del peculio adventicio, quedará obligado á constituirla en los primeros bienes hipotecables que adquiera (2057 C.).

918.—Tienen el deber de pedir la inscripción de los bienes en nombre del hijo y la constitución de la hipoteca el mismo padre, ó la madre en su caso, cuando estuviere legalmente separada del marido porque eso no le quita el derecho de ver por sus hijos (2058 C.); y los tutores ó guardadores; y pueden hacerlo también los otros parientes, y las personas de quienes procedan los bienes que forman el peculio, sus herederos ó albaceas (2059 C.). Para la inscripción de los bienes ó constitución de la hipoteca á favor de los hijos, cuando fueren menores debe solicitarse siempre la intervención judicial (2061 C.) para dar mayor garantía de que todo se hará legalmente. Y como pudiera suceder que por malicia ó descuido se omitiera alguna vez cumplir con hacer la inscripción ú otorgar la hipoteca, está prevenido que siempre que constare al juez por razón de oficio no haberse constituido la hipoteca correspondiente en favor de un menor, aunque sea mujer casada, ó de algún incapacitado, dicte providencia para que la persona obligada la constituya en forma legal (2062 C.). Además, todos los funcionarios públicos, escribanos y registradores, están obli-

gados bajo su responsabilidad á poner en conocimiento del juez los actos que ante ellos pasen y den mérito á la constitución de la hipoteca legal (2063 C.). Si los hijos fueren ya mayores de edad, sólo ellos pueden pedir la constitución de la hipoteca porque son capaces ya de ejercitar todos sus derechos, sin que otro tenga que intervenir. El objeto de su gestión será que se les entreguen los bienes por el padre y que se asegure el resultudo ó cumplimiento de las obligaciones contraídas por éste durante la minoría (2060 C.).

919.—Otra hipoteca legal es la que el marido tiene que otorgar á su mujer. Esta hipoteca no es por los inmuebles, porque la mujer conserva en ellos el dominio y se inscriben ó continúan inscritos en su nombre; sino por los muebles, especialmente fungibles en que no conserva el dominio y que él puede administrar y perder quedando responsable de su valor (1121 C.). La consideración y relaciones de armonía que han de existir entre marido y mujer hacen que, apesar de eso, si el marido carece de bienes en qué constituir la hipoteca quede obligado á hacerlo sobre los primeros raíces ó derechos reales que adquiera. Mas esta obligación, mientras no esté inscrita la hipoteca en el registro, no afecta los derechos de tercero (2055 C.), pues de lo contrario vendría á pararse en reconocer un gravamen oculto ó hipoteca tácita.

920.—No declara la ley quienes han de pedir esta hipoteca; pero siendo menor la mujer, se comprenderá en la regla general de éstos, de suerte que el padre ó madre, el que diere los bienes ó el tutor ó curador habrán de pedirla: siendo mayor de edad, sólo ella ó sus padres ó dueños de los bienes, con expreso consentimiento de ella si áun no estuviere casada, podrán pedir la inscripción, porque de otro modo quizá no se consultaría convenientemente á la conservación de la paz do-

méstica. Por razón de arras ó donaciones esponsalicias, no tendrá la mujer contra el marido más que acción personal derivada de título lucrativo.

921.—En orden á la hipoteca que, si no prestan fianza, han de dar los tutores y guardadores se ha hablado en la tutela.

922.—Es caso en que la ley previene también el otorgamiento de hipoteca, pero admitiendo convenio en otro sentido, aquel en que sorteados algunos bienes entre herederos por no admitir cómoda división, su valor excede de la cuota que corresponde al heredero adjudicatario, en el cual, éste reconoce el exceso al interés legal por seis años con hipoteca de la cosa adjudicada á favor de la persona á quien corresponda.

PARRAFO DECIMO.

PUNTOS DE ANALOGÍA Y DE DEFICENCIA ENTRE LAS HIPOTECAS VOLUNTARIAS Y LAS LEGALES.

923.—La hipoteca legal y la voluntaria se equiparan:

1.° En que una y otra han de ser expresas y especiales, constituidas en escritura pública y registradas las dos (2052 C.).

2.° En los efectos que producen (2053 C.).

924.—Se diferencian:

1.° En que la voluntaria es de libre constitución mientras que la legal tiene que constituirse por disposición de la ley.

2.° En que en la hipoteca voluntaria sólo hay ampliación cuando hay dolo ó negligencia del deudor; y en la legal, en cualquier tiempo en que llegan á ser

insuficientes los bienes sobre que se ha constituido puede pedirse su ampliación, pero sin perjuicio por supuesto, de tercero que hubiese adquirido derecho en ellos antes de verificarse la ampliación (2054 C.).

3. ° En que la hipoteca voluntaria puede cederse sin restricción alguna; y no así la legal.

4. ° En los modos de terminarse.

TITULO VIGÉSIMO SÉTIMO.

DE LOS CONTRATOS ALEATORIOS.

925.—Contrato aleatorio es un *convenio recíproco con objeto lícito, cuyos efectos en cuanto á la utilidad ó pérdida para los contratantes dependen de un acontecimiento incierto* (1857 C.). Es indispensable pues, que sea incierto el suceso de que depende el resultado, de suerte que si uno de los contratantes sabe ya lo que para el otro ó los otros es incierto, no habrá contrato aleatorio que supone en igual condición de incertidumbre á los que lo celebran, sino una estafa. De equidad es también que esa igualdad de condición exista en los contratantes respecto á la esperanza de las ganancias y al temor de las pérdidas; igualdad que se calcula atendiendo á la compensación de probabilidades entre lo que efectivamente se arriesga y lo que se puede ganar.

926.—Generalmente sucede en estos contratos que ambas partes corren riesgo igual como en la apuesta; pero puede suceder también que una sola se exponga al riesgo en beneficio de la otra, como en el seguro, recibiendo en compensación del peligro que corre, una cantidad cierta.

927.—Varios son los contratos á que puede darse la denominación de aleatorios, entre ellos, los de compra de esperanza, como la que se hace á un pescador de lo que saque en determinada redada; pero la ley se refiere aquí sólo á los más usuales. Entre éstos se consideran 1.° Las apuestas y el juego. 2.° El seguro. 3.° El préstamo á la gruesa ventura (1858 C.).

PARRAFO PRIMERO.

DE LAS APUESTAS Y DEL JUEGO.

928.—La apuesta es *la convención entre dos ó más que, disputando sobre algo dudoso, convienen en que el que resulte que no tiene razón pagará al otro cierta cosa ó cantidad* (1859 C.).

929.—La apuesta requiere para su validez que sea de buena fe, pues faltando ésta no habría más que estafa; y que los que la hacen tengan capacidad de disponer libremente de la cosa ó cantidad arriesgada (1861 C.).

930.—Consecuencia de la necesidad del primer requisito es que la apuesta es nula y ninguna obligación produce cuando la parte que gana sabía con certeza y ocultó el hecho presentado como eventual (1860 C.). Consecuencia de la necesidad del segundo es que sean enteramente nulas las celebradas por menores é incapaces y demás que no tienen la libre administración de sus bienes, de tal suerte que aunque de sus bienes hayan pagado ya la apuesta, puede repetirse en todo caso por los respectivos padres de familia, maridos, tutores ó guardadores (1864 C.). Pero no

es indispensable para la apuesta que haya igualdad entre lo que cada uno arriesga y así es válida la que se hace de diez contra uno, por ejemplo (1862 C.).

931.—La apuesta no produce acción sino solamente excepción, de suerte que podrá oponerse lo ganado por apuesta en compensación de lo que por otro título reclame el perdidoso. Mas si el que pierde paga, á menos que se haya ganado con dolo, no puede repetir lo que pagó (1863 C.) porque había una obligación natural, y conforme á la equidad debía hacerse el pago, aunque la cantidad no fuera exigible conforme á las leyes (2264 C.).

932.—El sorteo lo autoriza también la ley en algunos casos, como para la adjudicación á los herederos por la mitad del valor, de los bienes que ni admiten cómoda división ni han tenido postor en tres almonedas (1044 C.).

933.—Respecto de los juegos de suerte y de azar la ley civil los deja sujetos á lo que establezcan los reglamentos de policía (1865 C.).

PARRAFO SEGUNDO.

DEL SEGURO.

934.—Seguro es *el contrato aleatorio por el cual una persona se obliga á responder de los riesgos y daños que por caso fortuito puedan venir en los bienes de otra, mediante un premio que recibe* (1886 C.). El que se constituye responsable de los daños, se llama *asegurador:* el que para no correrlos se obliga á pagar el premio y adquiere derecho á la indemnización, *ase-*

gurado (1867 C.); las cosas que corren el riesgo, cosas aseguradas: la cantidad que se da en compensación del riesgo, *prima*, *premio ó precio* del seguro, y el documento en que se hace constar, *póliza de seguro.*

935.—El seguro puede ser común y de comercio, según la naturaleza de la negociación y cosas sobre que recae: el primero así como los préstamos á la gruesa ventura se rige por las leyes de comercio (1897 C.). Del común va á hablarse aquí.

936.—El contrato es consensual porque queda perfecto por el consentimiento: aleatorio porque los riesgos son inciertos, y son requisitos de él 1.° que se haga por personas capaces, 2.° que haya cosa asegurada; 3.° que ésta se halle expuesta á riesgos; 4.° que se estipule un premio.

I.

937.—Tienen capacidad para celebrar este contrato, todos los que pueden obligarse y tienen la libre administración de sus bienes (1870 C.). Mas el seguro ha de ser siempre á favor del dueño de la cosa, ó de la persona que tenga derecho sobre ella, y no á favor del que no tenga interés.

II.

938.—La cosa asegurada ha de existir, porque de lo contrario, carece de objeto el contrato. Por lo demás, puede ser mueble ó inmueble pues basta que los bienes que se aseguran estén en el comercio y tengan valor (1869 C.). ya que todos ellos corren riesgos que pue-

den indemnizarse en caso de que ocurra algún daño. Se puede asegurar también la vida de las personas (1888 C.). pero como es seguro que éstas han de morir, no se da el caso en este seguro de que el asegurado no sufra el riesgo; y lo aleatorio proviene de tener que pagar el premio por mayor o menor número de años, según sea el de los que viva el asegurado.

III.

939.—La cosa ha de estar expuesta á riesgo porque de otro modo, contra nada habría que asegurarla. Y el riesgo ha de ser incierto para que conserve su carácter de aleatorio y sea por tanto, legítimo; así es que si al tiempo de concluirse y firmarse el contrato sabe el asegurador que se había perdido ya la cosa, es decir, que había acaecido ya el daño de que se le aseguraba, ó por el contrario, supiera el asegurador que la cosa asegurada se había libertado ya del riesgo, el seguro sería nulo (1877 C.). Faltaría en efecto la causa que lo legitimara; faltaría el consentimiento de parte del que ignoraba el estado de la cosa y habría dolo de parte del que lo sabía. Y puesto que para esta nulidad se requiere que uno de los dos sepa ó la pérdida, ó que la cosa está ya fuera de riesgo: si ninguno de los dos lo sabe, aunque la pérdida ya haya ocurrido ó el riesgo se haya salvado al concluirse y firmarse el contrato, valdrá éste; pues siempre era incierto para los contratantes el riesgo y no hay el dolo que sí existe en el otro caso. Siempre será imprescindible la circunstancia de que ninguno de los dos lo haya sabido, pues sería fácil el fraude.

IV.

940.—Debe haber un premio y este se determina en la estipulación. Los contratantes son enteramente libres para fijarlo atendiendo á los mayores ó menores riesgos á que las cosas están expuestas.

941.—La prima ó premio solo falta en los seguros mutuos que se hacen dos ó más personas contra cualquier riesgo que sobrevenga en sus bienes respectivos, como en los seguros mutuos contra incendios, en las compañías mutuas que se establecen para poner sustitutos del servicio militar pagados con el fondo común que se forme en reemplazo de aquellos á quienes toque prestarlo. En estas, el daño ó la cantidad que hay que pagar en satisfacción de la obligación de los asociados se paga por todos estos, en proporción de lo que cada cual tiene asegurado; de donde resulta que lo que hay propiamente no es premio del seguro sino una contribución entre todos los que se precaven contra el caso fortuito, proporcional á las ventajas que cada uno reportaría en el supuesto de ser el perjudicado ó el designado para cumplir la obligación.

V.

942.—El contrato de seguro puede constituirse por escritura pública ó privada según la clase de los bienes y su valor; pero si fuere privada han de intervenir en ella y firmarla dos testigos; y se han de sacar de ella dos copias, una para el asegurado y otra para el asegurador (1868 C.).

943.—En la escritura han de expresarse:

1.° Las calidades específicas de la cosa asegurada y su valor, y si el seguro fuere de cosas que han de llevarse de un lugar á otro, se indicará además el número de los bultos, sus marcas y contenido, el valor que tienen en el lugar de donde se llevan, y el camino que deberán seguir los porteadores.

2.° La parte que se asegura del valor de la cosa, y lo que el asegurador ha de pagar en caso de pérdida total ó parcial. Esta pérdida parcial puede fijarse en lo que la cosa asegurada valga menos, á justa tasación de expertos, ó según el resultado de subasta judicial, á causa del deterioro (1872 C.).

3.° El término en que ha de hacerse el abandono (1884 C.).

944.—Aunque la ley no lo requiere, es conveniente expresar también el género de riesgos de que responde el asegurador, las fechas ó circunstancias en que empiezan á correr, el premio que ha de pagarse y el lugar, modo y tiempo del pago. Lo mismo respecto del tiempo en que se pague al asegurado el daño; é igualmente, es no sólo oportuno sino de sumo interés expresar no simplemente la fecha de otorgamiento de la escritura sino hasta la hora para saber á qué atenerse en lo que toca á la pérdida de la cosa y á la noticia que de ésto ó de hallarse fuera de riesgo pudieran tener los contratantes.

945.—Si la escritura fuere de seguro de la vida, ha de contener:

1.° El nombre, domicilio, edad, sexo y estado de la persona asegurada.

2.° Su estado de sanidad ó las enfermedades de que adolece.

3.° El nombre y domicilio del que asegura.

4.° El precio del seguro.

5. ° La cantidad que en caso de muerte se ha de dar á los herederos del asegurado, ó á la persona que se designe en la escritura.

6. ° Todas las demás condiciones que estipulen los contratantes (1889 C.).

946.—Y si se hallare que el asegurado cometió falsedad á sabiendas en cualquiera de las cláusulas de la escritura, será nulo el seguro (1892 C.) tanto para reprimir ese engaño, cuanto porque, mediando éste, falta el consentimiento.

VI.

947.—El asegurado tiene derecho, en caso de pérdida de la cosa, á que le pague el asegurador el valor que aseguró en la escritura, ó si éste no se fijó en ella, el del daño sufrido (1875 C.).

948.—En caso de quiebra declarada del asegurador, pendiente el riesgo de las cosas aseguradas, puede exigirle fianzas (1890 C.); y si el quebrado, ó por él los síndicos de su concurso, no las dan en el término de los ocho días siguientes al requerimiento, queda rescindido el contrato porque falta ya la igualdad en él; y el asegurado tiene su acción expedita para recobrar lo que por premios haya pagado hasta entonces (1891 C.).

949.—Tiene derecho también de hacer, por sí ó por apoderado con poder bastante por tratarse de una verdadera enajenación (1887 C.), abandono de las cosas aseguradas, dejándolas ya por cuenta del asegurador, y exigiendo las cantidades que éste hubiere garantido en los casos siguientes:

1.° En el de pérdida de las cosas aseguradas (1.° 1881 C.).

2. ° En el de deterioro de las mismas, que disminuya su valor en tres cuartas partes á lo menos, de su totalidad, á no ser que se haya estipulado otra cosa en el documento (2. ° 1881 C.). Una pérdida de la magnitud expresada es de suponer, que destruye para el propietario toda la estimación de la cosa y por esto se autoriza el abandono. Mas si no disminuye el valor en la cantidad dicha, no habrá lugar al abandono, pero sí al pago de la pérdida en la cantidad que se haya causado con arreglo á la escritura del contrato (1882 C.).

950.—El abandono no puede ser condicional ni parcial, sino que ha de comprender la totalidad de los objetos asegurados (1883 C.) para precaver cualquier fraude. Ha de verificarse en el término fijado, y si no lo hubiere sido, al mismo tiempo que se avise la pérdida al asegurador (1884 C.) y es de advertir que áun cuando haya plazo fijado para el abandono, puede hacerse antes de que llegue y exigir la cantidad asegugurada, con sólo hacer constar la pérdida de lo que se hizo asegurar (1885 C.). Admitido el abandono, ó declarado en juicio, que procede, se transfiere al asegurador el dominio de la cosa abandonada y á él le corresponden, en consecuencia, las mejoras ó perjuicios que en ella sobrevengan desde el momento en que se propuso el abandono (1886 C.).

951.—Obligaciones del asegurado, son, además de la de pagar el premio, la de avisar al asegurador el daño que haya sucedido en la cosa, y ésto dentro de tres días contados desde el que lo supo, fuera del término de la distancia si estuvieren en diversos lugares (1876 C.). Si se niega la pérdida de la cosa por el asegurador, corresponde al asegurado probarla.

VII.

952.—El asegurador siempre tiene derecho al premio, sea que la cosa asegurada no sufra daño, ó que sí lo sufra y se pierda. En el primer caso queda libre de toda responsabilidad desde que concluye el plazo del seguro (1874 C.): en el segundo, debe al asegurado el valor que aseguró en la escritura; y si no estuviere determinado, el valor del daño (1875 C.).

953.—El asegurador se libra de esta responsabilidad si no dió aviso el asegurado de la pérdida ó daño dentro de tres días de tener noticia de ella, ó dentro del término estipulado en en el contrato. Se libertará de ella del mismo modo si se prueba que el accidente ha sucedido por falta del asegurado (1877 C.). ó si la pérdida ó daño proviene de él y consiste en mermas, desperdicios y vicio propio de la cosa asegurada, á no ser que otra cosa se hubiere pactado por cláusula especial (1878 C.). Y si en la escritura se hubiere convenido en asegurar la cosa contra riesgos que pudiesen ocurrir por culpa de un tercero, el asegurador, en caso de pérdida, se sustituye al asegurado en su acción contra el causante de aquella (1880 C.).

VIII.

954.—Si se intentare judicialmente la acción para el pago de la cantidad que importe la pérdida ó daño de la cosa asegurada, el juez, como se hace con toda demanda ordinaria, conferirá traslado de ella al asegurador para que pague lo que deba ó haga su oposi-

ción (1893 C.). El asegurador puede contradecir los hechos en que se apoye la demanda, y se le admitirá la prueba que le convenga producir para justificar esos hechos (1894 C.). A pesar de esta contradición podrá pedir el asegurado que, sin perjuicio de ventilarse ésta separadamente, entregue el asegurador la cantidad asegurada, si la escritura del contrato presta mérito ejecutivo (fr. 1ª 1895 C.). En esta ejecución se procede como en virtud de sentencia ejecutoriada y se dejan reservadas cualesquiera excepciones para el juicio contradictorio á que dió lugar la oposición del asegurador (1896 C.). Al recibir el asegurado la cantidad asegurada, dará fianza suficiente que responda por ella, si llega á mandarse la restitución en el juicio contradictorio iniciado por el asegurador.

IX.

955.—Las disposiciones á que se ha hecho referencia en los números anteriores son extensivas á la conducción de objetos por ríos, lagos ó esteros (1898 C.).

956.—Para determinar qué daños constituyen avería que ha de reponerse al dueño de la cosa, se atiende á lo que las partes hayan convenido; y en falta de convenio se tiene por tal:

1.° Todo daño que sufriere el cargamento ó la cosa transportada desde que se cargue hasta que se descargue en el lugar á que fuere destinada.

2.° Todo gasto extraordinario ó eventual que sobreviniere durante el transporte, para la conservación de la cosa trasportada (1899 C.).

957.—Los gastos menudos que, aunque accidentales, ocurren con frecuencia en los transportes, no se consideran como averías (1900 C.). Y todo avalúo de ave-

rías de que el asegurador haya de ser responsable, se hará por expertos nombrados uno por el asegurador y otro por el asegurado (1901 C.).

TITULO VIGÉSIMO OCTAVO.

DE LOS CUASI CONTRATOS.

PARRAFO PRIMERO.

958.—Las obligaciones, según se dijo en otra parte, que provienen de un hecho lícito, proceden ó del concurso real de la voluntad de dos ó más personas, ó del consentimiento presunto sin convención expresa. En el primer caso se llaman contratos, y en el segundo *cuasi contratos*. Son pues los cuasi contratos, *hechos lícitos de los cuales resultan acciones y obligaciones en virtud de consentimiento que la ley presume* (2250 C.). Este consentimiento presunto se contrapone al consentimiento prestado verdadera y efectivamente, que da origen á los contratos, y no debe confundirse con el consentimiento tácito que cabe respecto de algunos de ellos, y que no por ser tácito, deja de ser verdadero. Se diferencian los contratos de los cuasi contratos, en que en virtud de aquellos sólo las personas capaces pueden quedar obligadas, como que sólo ellas son capaces de prestar el consentimiento jurídico, mientras que por los cuasi contratos quedan obligados, sin distinción de capaces ó incapaces, todos aquellos á cuyo favor ha tenido lugar el hecho lícito.

959.—La ley sin embargo, no presume arbitraria-

mente el consentimiento cuando le parece, sino que para ello atiende á ciertos principios de justicia y equidad universal admitidos y reconocidos por todos. Estos principios son 1. ° que cada uno quiere lo que le es útil; y en virtud de este principio, se presume el consentimiento del dueño de los bienes en la administración útil que alguno hace de ellos, cuando no hay persona á cuyo cargo estén: 2. ° que nadie debe enriquecerse con detrimento de otro; y mediante él, el que recibió lo que no se le debía tiene que restituirlo: 3. ° que el que quiere aprovecharse de un hecho no puede dejar de someterse á sus consecuencias; así es que el dueño de los negocios administrados tiene que pagar al gestor los gastos necesarios y útiles que haya hecho (2249 C.).

960.—El Código enumera tres cuasi contratos: la gestión de negocios, la paga indebida y la comunidad de bienes; y al hacerlo así, elimina como se ve, de esa calificación, la tutela y la aceptación de la herencia que en el derecho español eran tenidas también como cuasi contratos. Tal eliminación es fundada, porque si es cierto que esas obligaciones se contraen sin convención, nacen directamente de la ley que las establece, y no del hecho voluntario de alguna de las partes. Las obligaciones entre el tutor y el pupilo, entre el heredero y el legatario, tienen su origen, como indica Goyena, en la sola autoridad de la ley; y las personas á quienes conciernen, se encuentran sometidas á ellas independientemente de su voluntad; mientras que en los cuasi contratos, como la gestión de negocios y la paga indebida, la causa inmediata es un hecho voluntario de parte de uno ó de los dos interesados, y sólo en el supuesto de ese hecho, proceden las disposiciones de la ley.

961.—Aun la comunidad de bienes que nuestro Có-

digo coloca entre los cuasi contratos, ha sido descartada de ellos por muchos códigos, porque no tiene lugar por hecho voluntario de los que entran en ella; y si hay consentimiento presunto, no recae sobre la comunidad misma, es decir, sobre la obligación de poseer los bienes en común, sino sobre la administración de ellos que puede hacer alguno de los comuneros.

962.—Por lo dicho se ve que tampoco podría tenerse hoy como cuasi contrato, la contestación del pleito, pues ni es un hecho voluntario la contestación, ni procede de otra parte, sino de la disposición directa de la ley la obligación de sujetarse á sus ordenaciones en materia de procedimientos.

PARRAFO SEGUNDO.

DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS.

963.—El cuasi contrato de *gestión ó administración de negocios ajenos* tiene lugar siempre que alguno *sin ser mandatario de otro é ignorándolo él, se encarga de desempeñar sus negocios ó de administrar sus bienes.* Ese encargo espontaneo se llama *gestión ó administración de negocios*, y el que lo desempeña toma el nombre de *gestor* (2261 C.). Para que se verifique es indispensable que la administración se tome sin tener mandato para ejercerla, é ignorándolo el dueño, porque de otra suerte habría verdadero contrato por consentimiento expreso ó tácito.

964.—Este cuasi contrato produce obligaciones para el que se encarga del cuidado de los bienes y para el dueño de éstos. Las obligaciones del gestor son las si-

guientes: 1. ª Dirigir y manejar útilmente y en provecho del dueño, los negocios ó la administración que toma sobre sí (2251 C.), pues él fundamento para que su administración obligue al dueño es el provecho y utilidad que ella debe reportarle. Así es que el administrador no puede reclamar los gastos que sean puramente de lujo ó adorno: 2. ª Encargarse de todas las cosas que dependan del mismo negocio (1. º 2252 C.) pues el que se encarga de lo principal se encarga también de todo lo que es accesorio ó dependiente de él, pero esto no significa que el que sólo se ha mezclado en un negocio de una persona, esté obligado á encargarse de otro cuando no haya conexidad entre los dos: 3. º Continúar la gestión hasta concluirla, si antes no se encargare de ella el dueño ú otro que lo represente (2. º 2252 C.). El que comienza la gestión se pone por su voluntad en el lugar del propietario y no puede abandonar la gestión sin terminarla, sobre todo cuando por haberla principiado se han alejado tal vez otras personas que habrían podido desempeñarla. La muerte del dueño no excusa al gestor de esta obligación, pues debe seguir con los negocios hasta que sea removido por el heredero ó por el que administra legalmente los bienes hereditarios: 4. º Prestar generalmente la culpa leve (2255 C.). Mas si el gestor se encargó de dirigir ó de administrar lo ajeno sólo por necesidad, esto es, por el peligro de próxima pérdida, destrucción ó ruina que amenazaba á las cosas ajenas, solo estaría obligado á prestar la culpa lata, porque no puede exigirse de él más cuando los negocios se habrían perdido sin su intervención y fué hasta cierto punto compelido á tomarla (2253 C.). Por el contrario, responderá de la culpa levísima si se encargó de los negocios contra la voluntad del dueño, ó cuando no tiene los conocimientos especiales que el asunto requiere,

casos á los que naturalmente debe agregarse también el de que hubiese otras personas diligentes y aptas que se ofrecieran á administrar el negocio (320 Dec. de Ref. N.° 272). Hay además un caso en que el gestor es responsable áun de los casos fortuitos, y es cuando da á los negocios un giro que el dueño no acostumbraba dar (2256 C.) porque cambiándolo, debe presumirse que se sujetó á los resultados cualesquiera que fuesen: 5.° Entregar los negocios ó la administración al dueño ó á su representante, luego que cualquiera de éstos lo pida y sea cual fuere el estado en que aquellos se encuentren (3.° 2252 C.): 6.° Hacer inventario de los bienes (1572 C. pr.); y dar cuentas de la gestión y responder de todos sus actos como los mandatarios (4.° 2252 C.).

965.—Ha de tenerse presente que no puede comprar ni por sí ni por medio de otro los bienes que están á su cargo (2.° 1517 C.) ni tomarlos en locación ó arriendo (4.° 1673 C.); y que el consentimiento para los contratos puede expresarse por el gestor de negocios que bajo su responsabilidad se haya encargado de los del contratante (336 Dec. de Ref. N.° 272).

966.—Las obligaciones del dueño de los bienes ó negocios manejados conforme á las bases que acaban de expresarse, se reducen á cumplir las obligaciones que por él haya contraído el gestor y á abonarle ó indemnizarle todos los gastos necesarios y útiles que haya hecho (2257 C.), pues no sería justo de ningún modo que á la prestación del gestor se agregara la obligación de hacer por su cuenta esos gastos. Tales impensas deben abonarse aunque no hayan tenido un resultado de utilidad, con tal que sí fueran ó parecieran necesarias ó útiles y no hubiera culpa del gestor. Así es que si han muerto los ganados para cuya manutención ó curación se hicieron los gastos, ó si se ha destruido

por incendio ú otro caso fortuito la casa que reparó el gestor porque amenazaba ruina, no por eso cesa la obligación del dueño de indemnizar.

967.—Las obligaciones del dueño de los negocios administrados, tienen lugar aunque aquel esté por nacer, sea menor ó tenga cualquiera otra incapacidad para contratar (fr. 2ª 2257 C.); y es porque aquí no se requiere verdadero consentimiento, y los principios que hacen presumirlo son igualmente aplicables á todos, como que de cualquiera de ellos puede promoverse la utilidad.

968.—Debe tenerse presente que no hay acción para recobrar lo que se hubiere dado con objeto de alimentos ó por causa de piedad, ni del alimentado ni del que tenía la obligación de alimentarlo, si antes ó en el acto de la entrega, no se protestó por documento público y con noticia del agraciado ó de quien lo representaba, que se reclamaría el pago (2265 C.).

969.—La ley nada dice de que haya de pagarse salario al gestor; y así deberá entenderse que la gestión es gratuita como el mandato (2193 C.). El derecho del gestor no deberá cesar porque haya creído que hacía su propio negocio; y en esa creencia haya hecho el de otra persona, pues ésta deberá responder hasta concurrencia de la utilidad respectiva que haya resultado, y lo mismo sucederá si creyendo hacerse el negocio de una persona, se ha hecho el de otra.

PARRAFO TERCERO.

DE LA PAGA INDEBIDA.

970.—El cuasi contrato de *paga indebida* tiene lugar *siempre que alguno ha pagado alguna cosa por error*

de haberse creído deudor de ella; y en virtud de él, el que la recibió tiene obligación de devolverla al que la pagó indebidamente (327 Dec. de Ref. N.° 272). Tiene su fundamento en que no debiendo ninguno enriquecerse sin título con perjuicio de otro, ha de establecerse la restitución de lo que sin tal título se recibió.

971.—Para que haya pago indebido, se necesitan dos circunstancias, primera: que el que pagó lo haya hecho por error de creerse deudor: segunda, que no haya existido ninguna obligación de pagar. En cuanto á lo primero, puede el error ser de hecho ó de derecho: de hecho, como si creyendo no estar pagada la deuda vuelve á pagarse; y de derecho, como si se paga pensando que debe hacerse en virtud de la ley, siendo al contrario, como si se pagó al apoderado sin cláusula especial creyendo que bastaba el poder general. Si se paga con perfecto conocimiento de que no se debía, no hay derecho de reclamar por paga indebida, pues el que entrega algo en esas circunstancias, se presume que dona.

972.—En cuanto á lo segundo, es indispensable que no exista obligación civil ni natural. Si existe obligación civil, es decir, obligación que puede ser exigida conforme á las leyes, se ha pagado lo que se debe; y si hay obligación natural, el carácter de ésta es que no pueda compelerse al deudor á que la cumpla; pero que si la ha cumplido, no se retroceda de lo hecho, porque no puede decirse en realidad que se haya pagado algo absolutamente indebido (2264 C.).

973.—Así, cuando en los esponsales se ha estipulado multa para el caso de no cumplirse lo prometido, la ley no da acción para exigirla; pero si se hubiere pagado, no se puede reclamar ya su devolución porque conforme á equidad debía satisfacerse. Así pasa también con lo perdido en una apuesta por persona que

tiene la libre administración de sus bienes; pero si el que perdió ha pagado ya, no puede recobrarlo como indebido. Hay paga indebida no sólo cuando se pagó no existiendo ninguna obligación, sino también cuando aunque exista, se satisfizo por error antes de que se venciera el plazo cierto que tenía (1459 C.); ó cuando siendo condicional la obligación, dependiente de hecho que pueda ó no realizarse, se pagó antes de que la condición se cumpliera (2263 C.).

974.—En el Decreto de Reformas (art. 327) siguiendo lo dispuesto en el Código francés y en el de Chile, se establece que cuando una persona á consecuencia de un error suyo haya pagado una deuda ajena, no tendrá derecho de repetir contra el que, á consecuencia del pago y con buena fe, ha suprimido ó cancelado un título necesario para el cobro de su crédito; pero sí podrá intentar contra el deudor las acciones del acreedor; y ésto parece muy justo ya que los resultados perjudiciales al acreedor deben imputarse á culpa del que equivocadamente pagó.

975.—La acción que resulta de este cuasi contrato es la de reclamar de aquel á quien se pagó, la restitución de la cosa pagada, acción que tiene diferente extensión según que tenga buena ó mala fe el que recibió el pago. Si existe la misma cosa pagada, se cumple con restituirla, si hubo buena fe de parte del que la recibió; pero si hubo mala fe, debe restituirse con los frutos é intereses legales desde la fecha del pago indebido, y con indemnización del detrimento que hubiere sufrido (2259 C.).

976.—Si la cosa ha sido enajenada, el que tenía buena fe sólo está obligado á devolver el precio en que la vendió; pero el de mala fe tiene que restituir su valor legal (fr. 2ª 322 Dec. de Ref. N.° 272).

977.—Si se ha perdido en todo ó en parte la cosa

indebidamente pagada, el que la recibió con buena fe sólo estará obligado á satisfacerla total ó parcialmente, si tuvo culpa en su pérdida. Mas el que la recibió con mala fe, debe restituir en todo caso su valor, con más los intereses devengados desde el día en que se le pagó indebidamente (2260 C.).

978.—Los derechos y obligaciones sobre lo indebidamente pagado, se transmiten á los respectivos herederos (2261 C.) y prescribían conforme al Código (2262) en el tiempo que prescriben las acciones según su naturaleza respectiva por no encontrar motivo para fijarles término diferente como se hacía otras veces señalándoles aquel en que prescribían las acciones respectivas.

979.—Mas no había razón fundamental que motivara esta disposición, y más natural era sin duda dar á la prescripción en todo caso el término de diez años fijado en general para la extinción de las acciones personales, puesto que se trata siempre de una acción personal y así se encuentra hoy ya por el artículo 328 del Dec. de Ref. N.° 272 que reformó el del Código.

PARRAFO CUARTO.

DE LA COMUNIDAD DE BIENES.

980.—*El hecho de adquirir ó poseer en común, dos ó más personas una cosa universal ó singular sin que hayan contraído sociedad ó celebrado otra convención relativa á la misma cosa*, es el cuasi contrato que se llama *comunidad de bienes* (2266 C.). Ese hecho de la adquisición ó posesión en común hace presumir el consentimiento de los comuneros en tener los

derechos y sujetarse á las obligaciones que naturalmente y según la equidad, resultan de esa comunión, comunión que se convertiría en el contrato de sociedad, si en vez del consentimiento presunto hubiese intervenido consentimiento verdadero para reunirse para la adquisición, posesión ó trabajo de la cosa. Si un testador lega una casa á Pedro y á Juan, la posesión común de éstos será un ejemplo de ese cuasi contrato.

981.—La comunidad de bienes produce las consecuencias siguientes:

1.ª Cada uno de los comuneros tiene sobre la cosa común el mismo derecho que los socios en el haber social (2267 C.). Debe por tanto, contribuir á las obras y reparación de la cosa común proporcionalmente á su cuota (2271 C.); y en la misma proporción le toca su parte en los frutos (2272 C.).

2.ª Si la cosa es universal, como una herencia, cada comunero está obligado á las deudas que afecten la cosa común, como los herederos en las deudas hereditarias (2268 C.).

3.ª Ningún comunero representa la comunidad, ni puede por lo mismo obligarla respecto de un tercero, aunque contraiga deudas en pro de ella. El sólo es quien queda obligado, mas sí tiene, como es natural acción contra la comunidad para el reembolso de lo que hubiere pagado por ella, en su beneficio (fr. 1ª 2269 C.).

982.—El comunero no pusde imponer servidumbre sobre el predio sino con consentimiento de todos; y si adquiere alguna á favor de él todos podrán aprovecharse de ella, pero quedando obligados á los gravámenes naturales que traiga consigo y á los pactos con que se haya adquirido (1282-1283 C.). El uso que haga uno de los comuneros de la finca que goza de una servidumbre aprovecha á los demás para impedir la

prescripción; y si entre los comuneros hubiere uno contra quien no puede correr la prescripción, tampoco correrá contra los demás (1304-1305 C.).

4. ª Cuando todos los comuneros contraen colectivamente una deuda en pro de la cosa común, quedan obligados en la proporción que hayan pactado con el acreedor. En falta de pacto, como éste no se halla obligado á saber el monto de la parte que cada cual representa, no habiendo estipulado solidaridad, quedan obligados por partes iguales, salva la acción de cada uno contra los otros para que le sea abonado lo que haya pagado de más sobre la cuota que le correspondía (fr. 2ª 2269 C.).

5. ª Cada comunero debe á la comunidad lo que saca de ella, incluso, en falta de otro convenio, el interés legal corriente de los dineros que haya empleado en sus negocios particulares: y es responsable hasta de la culpa leve por los daños que haya causado en las cosas y negocios comunes (2270 C.).

6. ª En las prestaciones á que están obligados entre sí los comuneros, la parte que corresponda al que sea insolvente grava á todos los demás que deberán ponerla quedándoles su derecho á oportuna indemnización (2273 C.).

7. ª Los comuneros no pueden prescribir contra sus copropietarios ó coposeedores la cosa común; pero sí pueden prescribir contra un extraño; y en este caso, las prescripción aprovecha á todos los partícipes (637 1065 C.).

983.—Termina la indivisión:

1. ° Por la reunión por cualquier título legal de las acciones ó cuotas de todos los comuneros en una sola persona (1º 2264 C.).

2. ° Por la destrucción total de la cosa común (2. ° 2274 C.).

3.° Por la división del haber común (3º 2274 C.). Debe tenerse presente que á ningún coheredero puede obligarse á permanecer proindiviso en la propiedad de los bienes, ni áun por orden expresa del testador (1014 C.): que el convenio para suspender una partición no puede ser por más de cinco años (1015 C.) y que si la cosa no puede dividirse cómodamente y sin pérdida; ó si en una partición de bienes hay algunos que son rehusados por todos, la venta debe hecerse en pública subasta lo mismo qne si hubiera algún interesado ausente, menor ó incapaz (1041-1631 C.).

984.—Hecha la division, cada uno de los partícipes se tiene como poseedor exclusivo durante todo el tiempo que subsistió la indivisión, de la parte que por la división le cupo, pudiendo en consecuencia añadir, para los efectos legales este tiempo al de su posesión exclusiva posterior á la división. Las enajenaciones que haya hecho por sí sólo de la cosa común y los gravámenes reales que le haya impuesto subsistirán sobre esa parte; pero si lo enajenado ó gravado se extendiere á más, no subsistirá á no ser por voluntad de los respectivos adjudicatarios (535 C.). Sin embargo, según el artículo 1052, un coheredero no podía gravar ni enajenar los bienes hereditarios, por lo cual se modificó, en el sentido antes expresado, por el 192 del Dec. de Ref. N.° 272 y así queda ya en armonía con el otro y con el 2021, conforme al cual el que hipoteca cosa sobre la que tiene un derecho eventual, no se entiende que lo hace sino con las condiciones ó limitaciones á que esté sujeto su derecho.

985.—La división de las cosas comunes y las obligaciones y derechos que de ella resultan, se sujetan á las mismas reglas que la partición de herencia (2275 C.).

TITULO VIGÉSIMO NONO.

DE LA GRADUACION DE ACREEDORES.

PARRAFO PRIMERO.

DE LOS ACREEDORES EN GENERAL.

986.—Consecuencia forzosa de la naturaleza de la obligación es que el que contrae una deuda cualquiera, esté obligado á pagarla con sus bienes presentes y futuros, áun sin necesidad de que así se haya consignado expresamente en el contrato (2384 C.). Esto no se opone á que si de un modo explícito se quiere limitar la responsabilidad concretándola á determinados bienes, sólo en éstos pueda hacerse efectiva y en consecia, cuando determinados bienes estuvieren afectos al cumplimiento de una obligación, con ellos debe hacerse preferentemente el pago.

987.—*Acreedor en general*, es *el que tiene derecho de exigir de otro alguna cosa*, y más especialmente una suma de dinero, y *deudor el que tiene la obligación de entregarla.* Cuando los bienes de una persona alcanzan para pagar cumplidamente á todos sus acreedores, todos deben ser íntegramente pagados conforme á los términos de su estipulación, porque todos tienen igual derecho; y para ese caso, no hay necesidad de hacer clasificación alguna de los créditos, ni de establecer preferencia de los unos respecto de los otros. Mas cuando los bienes no alcanzan para que todos los

créditos sean íntegramente satisfechos, es indispensable fijar entre ellos diversas categorías para fijar el orden y la prelación con que hayan de pagarse.

I.

988.—Para el efecto expresado, los créditos se dividen en reales y personales: en privilegiados y no privilegiados; y se dividen también, atendiendo á la forma en que consten, en escriturarios, quirografarios ó de escritura privada en papel sellado, y quirografarios en papel común ó en otra forma. Hay también según el orígen de la deuda, acreedores por título oneroso y acreedores por título lucrativo.

989.—Son reales los créditos cuando hay una cosa que está directamente afecta á ellos, de suerte que el gravamen de la obligación puede decirse que está en la cosa, y la sigue y se transmite con ella aunque pase á poder de personas diversas de la que contrajo la obligación. Tal es el crédito hipotecario. Crédito real ó de dominio se suele llamar también (2403 C.) el derecho de los dueños de una cosa para reclamarla de aquel en cuyo poder se encuentra; pero entonces propiamente no puede haber crédito ni acreedor. El dueño de una cosa la reclama en virtud de su derecho de propiedad y no en virtud de ningún contrato con la persona que la tenga: exige de cualquier poseedor lo que le pertenece, mientras que la idea de crédito lleva siempre la de una responsabilidad personal, mediata ó inmediata de aquel contra quien se hace efectivo.

1000.—Los creditos son personales cuando sólo la persona es la que está directa é inmediatamente obligada, de tal suerte que sus bienes sólo responden en cuan-

to están en su poder y son suyos; pero enajenados, no pasan á terceros poseedores, salvo el caso de fraude, con ningún gravamen ni responsabilidad. El que da á otro prestada una cantidad es un acreedor personal que en su oportunidad puede hacer efectiva su acción en los bienes que el deudor tenga, pero no puede perseguir los que legalmente haya enajenado.

1001.—El privilegio es el favor que la ley concede á algunos créditos para ser pagados preferentemente á otros. Ese favor no se otorga caprichosamente sino que procede unas veces de consideraciones de utilidad general y conveniencia pública; otras, de la naturaleza y condición de los créditos; otras, del objeto para que han servido ó de la necesidad de fomentar ciertos intereses é instituciones.

1002.—Entre los créditos personales y sin privilegio, la ley hace distinciones también por razón de la forma en que constan y que asegura más ó menos su autenticidad. Así, entre ellos tienen el primer lugar los que constan en escritura pública: después los que están en documento privado en papel sellado; y por último, los que están en documento simple ó se acreditan por cualquier otro medio.

II.

1003.—Siempre que un deudor no tiene bienes para pagar todos sus créditos se forma la concurrencia ó concurso de sus acreedores para fijar el orden en que éstos deben ser pagados, y distribuir los bienes, conforme á ese orden. No tienen que entrar al concurso los que reclaman alguna cosa como dueños, acreditando debidamente su propiedad, porque esos bienes no

forman parte de los del deudor. Así pues pueden eliminarse del concurso:

1. ° Los bienes raíces que se encuentren en poder del concursado y que haya poseído á nombre de otro (1º 1425 C. pr.).

2. ° Las especies que tuviere el concursado en prenda, depósito ó comodato, si existen con las señales necesarias para ser distinguidas (4º 1425 C. pr.). Si los bienes son fungibles, se requiere que se hayan entregado en arca, cofre, fardo ó paquete cerrados y sellados, y que se encuentren en el mismo estado (2886 C.) pero esta exigencia es poco compatible con otras disposiciones de que pronto se hará mérito.

3. ° El todo ó parte de las especies consignadas que se encuentren en poder del concursado; y el valor de ellas existente en poder del que las compró (6.° y 7.° 1425 C.). Todas estas cosas serán entregadas á sus dueños tan luego como acrediten su derecho (2387 C.) pagando lo que legalmente deban por ellas (1427 fr. 2ª C. pr.).

4. ° Los bienes raíces que hubiere comprado sin plazo y cuyo valor no estuviere pagado en todo ó en parte: las cosas vendidas al contado al concursado y no pagadas, y las especies fungibles entregadas en arca, cofre, fardo ó paquete cerrado y sellado que se encuentren en el mismo estado si no ha sido cubierto su valor (281 Dec. de Ref. Nº 273). En todos estos casos la falta de pago da derecho al vendedor para pedir la rescisión de la venta (1555 C.), á lo cual equivale el derecho que aquí se le confiere, derecho que sólo deja de tener lugar si se les paga el todo ó resto del precio, y que en el caso de ejercitarse supone la devolución del importe de lo recibido y de cualquiera otra responsabilidad sobre la cosa (1426, 1412, 1428 C. pr.).

5. ° Los bienes pertenecientes á la dote no fungibles,

y los parafernales que se conserven en poder del marido, y cuya calidad y recibo así de los primeros como de los segundos conste por escritura pública (199, 202 y 208 Dec. de Ref. N.° 272).

1004.—Tampoco tienen que entrar al concurso los acreedores hipotecarios y los prendarios (2041 C. y 357 Dec. de Ref. N.° 272). Esto es indispensable para que la hipoteca sea una eficaz y amplia garantía que pueda siempre hacerse efectiva, sin que el crédito asegurado con ella tenga que esperar las dilaciones de la marcha del concurso. Así pues, reconocida por el deudor la legitimidad del crédito hipotecario, ó justificada, si él se opusiere al pago en un juicio sumario, saca el acreedor la cosa hipotecada de la masa común de los bienes concursados (2387-2388 C.). Este último artículo decía que en caso de oposición del deudor se seguiría un juicio sumario en los términos que establece el Código de procedimientos; pero en éste no había ningún juicio sumario reglamentado para este caso, como sí lo hay en el de la Baja California de donde el artículo se tomó, y si bien en el inciso 13.° artículo 1029 se decía que son juicios sumarios los que tienen por objeto hacer efectivos los derechos que nacen de la acción hipotecaria, se trataría cuando más de la ejecución la cual tampoco en nuestras leyes tiene procedimiento especial. Esto por una parte, y por otra que ese antejuicio no tiene razón satisfactoria que lo apoye, cuando los otros acreedores reconocen el derecho, hicieron que se dictara la reforma que contiene el artículo 358 Dec. N.° 272 que establece que el acreedor hipotecario justifique la legitimidad de su crédito en un juicio sumario que seguirá con el representante de los acreedores, si éstos desconocen su derecho.

1005.—Del precio de toda finca hipotecada se pagarán. en el orden siguiente:

1.° Los gastos que en el juicio especial, que respecto de esa cosa haya debido seguirse, se hubieren causado (1.° 2392 C.).

2.° Los gastos de conservación de la cosa hipotecada, en cuanto hayan sido necesarios (2.° 2392 C. y 2393.).

3.° La deuda de seguros de la misma cosa (3.° y 4.° 2392 C.).

4.° Las contribuciones que por ella se deban de los últimos cinco años (4.° 2392 C.).

5.° Los acreedores hipotecarios, conforme á la fecha de su respectiva inscripción y comprendiéndose en el pago los réditos de los dos últimos años y la parte vencida de la anualidad corriente (359 Dec. de Ref. N.° 272). Los últimos cinco años, decía la disposición del Código; pero se hallaba en contradicción con la fr. 1.ª del artículo 2028 que declara que la hipoteca no asegurará con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años y la parte vencida de la anualidad corriente.

III.

1006.—Los otros acreedores que sí entran al concurso se graduan por el orden que se contiene en los párrafos siguientes, con la prelación relativa que para cada clase se establece en ellos, es decir, que los que en cada categoría tienen el primer número son preferidos á los del segundo y así sucesivamente (2402 C.). Concurriendo diversos acreedores de la misma clase y número, la prelación se determina por la antigüedad de los títulos; y si fueren de una misma fecha, ó si ésta no fuere conocida, son pagados á prorrata

(2404 C.). Cuando los créditos, aunque sean de una misma clase, sólo tienen privilegio en bienes determinados diversos, como sucede en los de segunda clase, el orden de número no determina prelación de unos respecto de otros.

1007.—Por último, debe advertirse que el crédito cuyo privilegio provenga de convenio fraudulento entre el acreedor y el deudor, pierde el privilegio, á no ser que el fraude proceda sólo de éste, quien en tal caso, será responsable de todos los daños y perjuicios que se sigan á los demás acreedores, fuera de las penas que merezca por el fraude (2398 C.).

PARRAFO SEGUNDO.

DE LOS ACREEDORES DE PRIMERA CLASE.

1008.—Eliminados los bienes hipotecados ó dados en prenda y aquellos cuyo dominio pertenece á un tercero, lo que pueda haber sobrado del precio de aquellos, lo que pueda haber percibido el concurso por la devolución de los otros, y todos los demás bienes propios del deudor constituyen el fondo ó masa del concurso que ha de servir para el pago de los diversos acreedores (300 Dec. de Ref. Nº 272).

1009.—De este fondo deben ser pagados con absoluta preferencia y con cualesquiera bienes los créditos siguientes, que equivalen á los que en la legislación española se consideraban como singularmente privilegiados.

I.

1010.—1.° Los gastos judiciales comunes, en los términos que establecen las leyes de procedimientos (1.° 2406 C.). Son comunes los que se hacen en interés general del concurso porque aprovechan y son indispensables á todos, como los que se causen para su organización, para la venta de sus bienes, los impendidos en los juicios que el concurso haya tenido que seguir con un tercero &. La ley les da el primer lugar porque sin los procedimientos que los causan, el concurso no se habría organizado ni concluido, ni los acreedores se verían en el caso de percibir algo por cuenta de sus acciones.

1011.—Esta razón sólo comprende los gastos comunes y por esto naturalmente sólo á ellos se refiere el privilegio; y no á los que cada acreedor hace con motivo de su crédito, los cuales en caso de ser condenado el concurso á satisfacerlos, deben, como accesorios del crédito que los ha causado, ser pagados en el mismo lugar que éste (2408 C.). Así es que si un acreedor ha tenido que seguir juicio en el concurso para que se declare la existencia de su crédito y obtiene sentencia á su favor y condenacion del concurso en las costas, lo que haya invertido en papel sellado, honorarios de abogado ó procurador, por ejemplo, se agregará á su crédito para cobrarse junto con éste en el lugar que legalmente se le fije.

II.

1012.—2.° El crédito por gastos del funeral del deudor difunto, según la costumbre del lugar y las circuns-

tancias del deudor, y el crédito por gastos hechos en la enfermedad ocurrida en el último año (361 Dec. de Ref. N.° 272). En beneficio de la salubridad pública y para corresponder al sentimiento de humanidad que impulsa á suministrar los gastos indispensables para el funeral de una persona, estableció el Código con justicia este privilegio á fin de que el que pueda suplirlos no se retraiga de hacerlo por la inseguridad de ser indemnizado. Como lo expresa la ley, esa preferencia se limita á los que corresponden á la costumbre del lugar y circunstancias del deudor, pues no sería propio que en un funeral pomposo hecho caprichosamente á una persona de humildes circunstancias, se invirtiese cuanto tuviera en perjuicio de legítimos acreedores. En esos gastos de funeral del deudor parece natural incluir los vestidos de luto de las personas de la casa y de los domésticos, y debe tenerse presente que si los gastos han sido hechos en el funeral de la mujer ó de los hijos, no se extiende á ellos el privilegio en el concurso de los bienes del marido ó padre.

1013.—En igual categoría absolutamente á los gastos funerarios, coloca la ley los de enfermedad ocurrida en el último año, pues éstos, si se quiere, áun tienen en su apoyo una razón que los hace más atendibles, y es la de que se emplearon en tratar de salvar la vida del deudor y devolverle la salud. Gastos de enfermedad son los causados en alimentos, medicinas del enfermo, pago de asistentes, honorarios de médicos: no tienen privilegio los impendidos en la enfermedad de la mujer ó de los hijos, y según la letra del artículo del Código reformado por el Decreto citado, no lo tendrían tampoco los causados en la enfermedad que haya tenido el deudor, si no murió de ella, pues que se refería á la última, lo cual parecía enteramente irracional é injusto, pues si cuando esos gastos no dan el

resultado apetecido merecen tanto favor, mayor áun deben alcanzar cuando se ha logrado el restablecimiento de la salud. La preferencia se limita á los gastos causados en enfermedad ocurrida el último año, para que no suban en perjuicio de los acreedores, á una cantidad exorbitante, calculándose con razón que la gravedad en un enfermo habitual ó no, no debe retrotraerse á más de un año desde su muerte; y que si ha pasado más tiempo, ha podido el que los hizo reembolsarse de ellos.

III.

1014.—3.° Los gastos de rigurosa conservación y administración de los bienes concursados (3.° 2406 C.) en los cuales se incluirán también los honorarios de síndico y depositario: todos ellos son indispensables para que el concurso llegue á su término y para que haya fondo del cual sean pagados los acredores, así es que militan casi idénticos motivos á los que fundan la preferencia de los gastos judiciales comunes.

IV.

1015.—4º Los créditos por seguros de algunos de los bienes concursados correspondientes á la anualidad en curso y á la anterior (4.° 2406 C.). Justifica este privilegio la consideración y protección que se merece un crédito contraído con el objeto de poner á cubierto á los propietarios de las consecuencias de siniestros que sin el recurso del seguro, los arruinarían; pero se limitan á la anualidad última vencida y á la corriente por-

que la deuda de mayor tiempo ya arguye morosidad del asegurador, que no debe parar en perjuicio de otros acreedores tan atendibles como él, fuera de que generalmente en los estatutos de todas esas compañías se establece que la falta de pago de una anualidad es motivo para que se tenga por fenecido el seguro.

V.

1016.—5º Las contribuciones vencidas en los últimos cinco años (5.º 2406 C.). Bajo la palabra contribuciones se estiman comprendidos los impuestos fiscales y los municipales; é indispensables como son para atender al servicio público en bien de todos, se les da un lugar preferente á fin de que las rentas logren ese ingreso. La limitación á los cinco años últimos, reconoce por causa lo mismo que se ha repetido acerca de limitaciones análogas; y si bien es cierto que la morosidad procede de los empleados ó agentes para el cobro de los impuestos, lo es también que el Estado ó el Municipio tienen contra ellos sus acciones por indemnización y por responsabilidad. La preferencia de este crédito se concreta, como es natural, á los bienes que han causado las contribuciones, que son los directamente afectos al pago de su importe (2407 C.) y lo mismo debiera haberse consignado y debería entenderse respecto de la deuda por seguros.

VI.

1017.—6º Los gastos de reparación ó de construcción de los bienes inmuebles, siempre que hayan sido indispensables, que el crédito se haya contraído expre-

samente con ese objeto, y que su importe se haya empleado realmente en las obras (6.° 2406 C.). Desde luego se comprende la razón que determina esta preferencia sobre el inmueble construido ó reparado (2407 C.). Sin las obras en que se invirtió el crédito, la cosa no existiría y nadie podría percibir nada de ello. Así es que es lo más natural y justo que tenga prelación sobre los otros. La especificación de los requisitos necesarios para el privilegio de crédito refaccionario quita las dudas que en el particular dejaba la legislación española, y parece muy propio exigirlos, pues si los gastos no eran necesarios ó no llegaron á hacerse en la cosa, ó no se contrajo el crédito expresamente para eso, de suerte que el acreedor no hizo el negocio bajo el supuesto de que iba á tener la garantía de esa prelación, falta el motivo para otorgarla en perjuicio de otros acreedores. Entre esos requisitos no enumera la ley el de que el crédito haya sido gratuito, y en consecuencia, áun cuando esté estipulado interés, siempre subsiste el privilegio, punto sobre el cual había también opiniones diversas antes de la emisión del Código.

1018.—Entre los créditos refaccionarios debe incluirse por mayoría de razón, el importe del jornal de los operarios que han trabajado en la construcción ó refacción. Por las leyes españolas, habiendo varios créditos refaccionarios sobre una misma cosa, la preferencia iba en orden inverso de antigüedad, de suerte que el último de los refaccionarios tenía prelación respecto de todos los anteriores, porque á él se debía que no se hubiera perdido la cosa y la refacción de los anteriores. El Código no ha adoptado ese principio, así es que los refaccionarios siguen la regla común de que acreedores de la misma clase y número se pagan según la fecha de su título (2404 C.).

VII.

1019.—7º Las pensiones, réditos y demás prestaciones reales vencidas en los últimos cinco años (7.º 2406 C.) por considerarse como alimenticias. El privilegio no habría podido de ningún modo comprender más de los últimos cinco años, porque es también el término para la prescripción (670 C.).

PARRAFO TERCERO.

DE LOS ACREEDORES DE SEGUNDA CLASE.

1020.—Son acreedores de segunda clase, conforme al Código, los que, pagados ya los de primera, deben ser satisfechos preferentemente con algunos muebles determinados. El privilegio de ellos es pues, particular y concreto sobre cosas determinadas: éstas tienen responsabilidad especial, aunque no se haya constituido sobre ellas garantía expresa, y esa responsabilidad se funda en poderosas razones de justicia que no concurren respecto de otros créditos. Especial como es el privilegio respecto de cosas determinadas, si éstas perecen ó no están en las condiciones fijadas por la ley, deja de existir y el acreedor pasa á formar en la clase de acreedores comunes. Gozan de él los siguientes:

1. º Tiene privilegio sobre los muebles que se hallen en poder del deudor ó en el suyo, el acreedor por gastos hechos para la conservación de los mismos, siempre que se reclame dentro del plazo de tres meses (363

Dec. de Ref. N.° 272) porque debido á tales gastos existen las cosas sobre las que va á ejercitarse el privilegio. Este tiene lugar, ya estén los muebles en poder del deudor, ya en el del acreedor, pues esta última circunstancia lejos de oponerse á él viene á confirmarlo, pero no cuando han pasado al dominio de un tercero. En el caso de que se trata, el privilegio requiere que los muebles hayan conservado su calidad de tales, de suerte que si hubieren sido inmobilizados por dedicarse á formar permanentemente parte de una cosa raíz (505 C.) cesa desde entonces; y la razón es que considerándose como parte de ésta, ya no hay sobre ellos otros privilegios que los que legalmente afecten lo principal (364 Dec. de Ref. N.° 272).

2.° El crédito por hospedaje tiene privilegio en el precio de los bienes del deudor introducidos á la posada, que se encuentren en poder del acreedor (366 Dec. de Ref. N.° 272). Los términos tan latos del artículo del Código, reformado por el que acaba de citarse, podían hacer creer que el privilegio se refería á cualesquiera muebles que estuvieran en poder del acreedor, fuese cualquiera el motivo; pero la intención fué sin duda, como se consigna en algunos otros Códigos, que sólo abrazara los introducidos á la posada, y así se expresó terminantemente en la reforma. En ellos sí es muy natural y justo el privilegio, tanto porque debe creerse que el acreedor contaba con esa garantía, cuanto por las obligaciones y responsabilidades que por ello tiene el posadero. Es condición forzosa que los muebles pertenezcan al deudor, porque el derecho del dueño de la posada no puede prevalecer sobre el dominio del propietario, y lo es así mismo que los bienes se encuentren en poder del acreedor, porque dándole más extensión se originarían una multitud de cuestiones sobre prelación.

3. ° En el mismo caso está el crédito por fletes; así es que tiene preferencia en el precio de los efectos transportados que se hallen en poder del acreedor (2414 C.).

4. ° El crédito por simiente ó por cualquier gasto de cultivo, tiene privilegio sobre los frutos respectivos, si existen en poder del deudor (2415 C.). La ley le dispensa este favor en provecho de la agricultura, para que los que se dediquen á ella encuentren con más facilidad quien les suministre el capital indispensable para hacer productiva la tierra. No puede estimarse exagerado ese favor, porque los frutos efectivos suponen que están pagados ya todos los gastos, y entre éstos debe incluirse la suma dada por el prestamista para el cultivo.

5. ° El crédito del arrendador de predios rústicos, por el precio del arrendamiento, indemnización de daños y perjuicios y cualesquiera otros gravámenes declarados en la escritura, tiene privilegio sobre los frutos y el precio del subarrendamiento del inmueble, con tal que la reclamación se haga dentro de un año, contado desde el vencimiento de la obligación (2416 C.). Sobre los frutos de la cosa, en cuyo número puede entrar también el precio del subarrendamiento, existe como el gravamen más natural, el de pagar el importe del arrendamiento que es la causa y origen de lo que del inmueble percibe el arrendatario. Los frutos, en esta disposición, equivalen á lo que vulgarmente se comprende bajo el nombre de cosechas, y aunque los productos de la naturaleza hayan sufrido alguna modificación por la acción del hombre, siempre que no hayan pasado á dominio de un tercero sino que estén en poder del deudor, y con mayor razón del acreedor. El privilegio comprende no solamente los frutos del año en que se hace efectivo sino todos los producidos por

la finca que se hallen en el caso del artículo. El plazo de un año que se fija es para prevenir la morosidad del acreedor y para evitar al propio tiempo, el inconveniente de fraude y abuso en suponer no pagado un crédito de esa naturaleza que ya lo estuviera, si la duración del plazo fuera indefinida.

6.º Por último, el arrendador de predios urbanos, por el crédito que proceda de las mismas causas que el anterior y haciendo la reclamación dentro del mismo plazo, tiene privilegio sobre los muebles y utensilios del arrendatario que se encuentren en la finca (2417 C.). Las razones para establecerlo son idénticas á las que acaban de exponerse: esos muebles y utensilios son la garantía más natural é inmediata del precio del arrendamiento. Como se ve, se requiere que los muebles y utensilios sean del arrendatario; así es que no se comprenderían los de propiedad de un tercero; y el privilegio recae sobre los existentes en la finca, sin comprender los que aunque hayan estado en ella algún tiempo, hubieran sido sacados ya sin fraude, pues de otra suerte el arrendatario quedaría imposibilitado de disponer de todo lo que alguna vez hubiera tenido en la casa. En los muebles y utensilios se incluye todo su menaje aunque sea de adorno, como relojes, cuadros, pero no el dinero, los documentos, papeles, las colecciones científicas ó artísticas, los libros ó sus estantes, las medallas, las armas, los instrumentos de artes y oficios, las joyas, la ropa de vestir y de cama, los carruajes y caballerías, los granos, caldos, mercaderías ni en general otras cosas que las que forman el ajuar de una casa (120 Dec. de Ref. N.º 272). Tratándose de una tienda, recaerá el privilegio sobre todos los efectos y mercaderías existentes; y en caso de subarrendamiento, el privilegio se entenderá también en los muebles del subarrendatario, pero no en los de

aquel á quien el inquilino haya cedido gratuitamente parte de la habitación.

1021.—Entre estos acreedores no prefieren los comprendidos en un número á los de los siguientes, por que son de diversa especie, y cada cual lo hace valer sobre objetos diferentes, así es que respecto de aquellos en que cada cual tiene su privilegio, es preferente á todos los otros.

1022.—Para concluir este párrafo, debe advertirse que conforme al Código, había otros dos casos de privilegio, que ya no subsisten hoy, en virtud del Decreto que lo reformó:

1. ° El del que reclamaba el precio de muebles vendidos al deudor común sobre esos bienes ó su producto, si se hallaban en poder del deudor, y la reclamación tenía lugar dentro de los tres meses siguientes á la venta (2409 C.). El pago del precio es condición tan forzosa para la subsistencia de la venta que por no hacerse puede el vendedor pedir la rescisión, y si le asiste este derecho para recobrar la cosa vendida con mayor razón debe tener, en caso de no ejercitarlo, el de ser satisfecho preferentemente con el mueble vendido. Era requisito esencial que éste se hallara en poder del deudor, porque no habiendo propiamente hipoteca tácita sobre el mueble ni registro que dé á conocer que esté sujeto á algún gravamen, no puede perjudicar el principio á tercer poseedor. Era indispensable también que la reclamación se hiciera dentro de tres meses, porque pasando de ese término había ya morosidad de parte del acreedor, y si se ampliara, se correría además el riesgo de facilitar el fraude de que el deudor hiciese aparecer como no pagados bienes cuyo valor ya estuviera satisfecho. Mas, si pasados los tres meses no tenía lugar el privilegio, no dejaba de existir la acción para la rescisión mientras no estuvie-

ra legalmente prescrita; así es que dándose al acreedor un derecho más ventajoso, no había perfecta concordancia en estas disposiciones. La ley decía que los tres meses se contaban desde la venta; pero como el privilegio tenía lugar, ya se vendiera al contado ó á plazo, porque la ley no hacía diferencia, cuando sucedía lo último, los tres meses habían de correr desde el vencimiento porque antes no podía atribuirse morosidad al vendedor. Se trataba solamente del privilegio en muebles, porque respecto de los raíces estaba dispuesto que constara en el registro de la propiedad inmueble el precio de la venta, y si ha sido entregado en todo ó en parte; así es que para ellos no regía el plazo de tres meses (2090 C.). Por último, hay que advertir que conforme al artículo 1425 del Código de procedimientos civiles, son identidades, esto es, especies que puede un acreedor, con carácter de dueño, reclamar del concurso, los bienes raíces que el deudor hubiere comprado, y cuyo valor no esté pagado en todo ó en parte y las cosas muebles vendidas al concurso y no pagadas. Hay falta de armonía entre estas prescripciones en que no se fija plazo alguno, y el artículo que para el privilegio fija tres meses y de ella resulta que, si pasados los tres meses se carece del privilegio, hay sin embargo el derecho mejor, ó por lo menos igual, de recobrar la cosa. Por ese motivo se suprimió ese caso en el Decreto de Reformas.

2. ° El acreedor pignoraticio por el monto de su crédito, tenía preferencia, según el Código, en el valor de la prenda, si ésta se hallaba en su poder, ó cuando sin culpa suya hubiera perdido su posesión (2412 C.). Este privilegio se consideraba uno de los efectos que produce la constitución de prenda, que debía permanecer en poder del acreedor, ó de la persona que según el contrato debía guardarla (1987 C.) porque la

prenda como contrato real requiere la entrega de la cosa y la permanencia en la posesión á menos que la pérdida de ésta fuera inculpable, porque entonces no cabía presumir el propósito de abandonarla. Se necesitaba también para ejercitar el privilegio que la prenda se hubiera constituido por pacto expreso; pero como hoy por el Decreto de Reformas al Código, el acreedor prendario ni siquiera entra al concurso, ya no necesita del privilegio que aquí se le otorgaba, por lo cual se suprimió.

PARRAFO CUARTO.

DE LOS ACREEDORES DE TERCERA CLASE.

1023.—Figuran en esta categoría los acreedores á quienes la ley ley da privilegio sobre los inmuebles no comprendidos en el párrafo anterior. Sus créditos no afectan un inmueble especial ni el privilegio recae sobre mueble determinado, porque no tienen en su apoyo las mismas razones que los otros créditos de que se ha tratado con anterioridad; pero siempre son más dignos de consideración que los créditos comunes, porque tienen á su favor el apoyo de algún motivo de utilidad pública ó de alguna consideración de equidad. Corresponden á esta clase los siguientes:

1. ° El crédito por alimentos fiados al deudor para su subsirtencia y la de su familia en los seis meses anteriores á la formación del concurso (1º 2418 C.). El favor que justamente se merece el crédito que ha servido para conservación inmediata de la vida es la causa de este privilegio. En los alimentos se comprende

el vestido y el calzado; y la limitación del término se funda en que cuando ya se han dejado pasar seis meses, se ha incurrido con justicia, en nota de morosidad, y se presume que si se hubiera reclamado oportunamente, habría tenido el deudor como pagar, de suerte que la incuria del acreedor no debe ser perjudicial á los otros acreedores.

2. ° El crédito por salarios de cualesquiera servicios familiares ó domésticos en los dos últimos años (2º 2418 C.). La naturaleza de la deuda y la condición del acreedor justifican tambien este privilegio que dura el mismo tiempo que subsiste el crédito sin prescribir (4º 661 C.): los últimos dos años debe entenderse que son contados desde la fecha de la formación del concurso. Respecto deste crédito y de otros análogos, ha de tenerse presente que si se nova dándole otro carácter, como si el sirviente liquida su crédito y lo deja en poder del dudor en concepto de préstamo á interés, se pierde el privilegio porque ya deja de ser deuda por salarios, y no hay razón para que exista preferencia, como no existe si recibiendo el sirviente el importe de sus salarios, los da á interés á un tercero.

3. ° El crédito por contribuciones que no corresponden á los últimos cinco años (3º 2418 C.). Las que corresponden á éstos tienen un privilegio mayor, según antes se ha explicado (4º 2392 C. y 5.º 2406 C.): las otras que se refieren á época más atrasada no podían merecer el mismo favor sin gravar mucho á otros acreedores que representan acciones muy atendibles, y por eso se han dejado para este lugar, concediéndoseles siempre algún favor en atención al destino que tienen para el servicio público los productos de contribuciones.

4. ° El valor de los depósitos de cosas fungibles sin marca que estén consumidas (4. ° 2418 C.). Si existie-

ran las mismas cosas, el deponente las recobraría porque son suyas, así es que no entraría al concurso (357 Dec. N.º 272). Pero si el depositario las consumió abusivamente, la acción del acreedor no pasa de ser una acción personal, pero privilegiada, por no haber entrado en la intención del deponente que se dispusiera de ellas y por la consideración que merece un contrato que se funda en la confianza y buena fe. No se veía cuál fuera la razón para que el Código atendiera, como lo hacía, á que las cosas fungibles se hubieran entregado sin marca: siempre que el depositario hubiera dispuesto de ellas, lo mismo era que hubieran ó no tenido marca. Más natural parece exigir lo mismo que se exige para que no entren en concurso: que se hayan entregado en arca, cofre, fardo ó paquete cerrados y sellados porque esto es lo que demuestra que el deponente no quiso autorizar que se hiciera uso del depósito: en los otros casos se presume el permiso y si se ha hecho uso de él, el depósito se convierte en mutuo (1964 C.).

5.º El crédito del Erario y de los establecimientos públicos que esté ya liquidado y que no se halle garantido con hipoteca (5.º 2418 C.). Faltando la hipoteca, el crédito es personal; pero tiene por lo menos privilegio en atención á los objetos de utilidad general en que su producto ha de invertirse. Lo que se dice del crédito no garantido con hipoteca, debe decirse de la parte del hipotecario que haya quedado insoluta por no haber alcanzado á cubrirlo íntegro el precio de la cosa hipotecada (368 Dec. de Ref. N.º 272).

1124.—Entre los acreedores que se han enumerado, los de la clase primera prefieren á los de la segunda: los de la segunda á los de la tercera; y así sucesivamente, lo cual se deduce de las diversas clasificacio-

nes que hace el Código, y también de la disposición en que se establece que cuando hay diversos acreedores de la misma clase y número se pagan según la fecha de su título. Así pues, la ley reconoce preferencia no solo entre una y otra clase, sino dentro de la misma clase entre uno y otro número.

PARRAFO QUINTO.

DE LOS ACREEDORES DE CUARTA CLASE.

1025.—Después de los acreedores de que ya se ha tratado, y son privilegiados por la naturaleza del crédito, ó porque son reales y afectan y gravan cosas determinadas, siguen los acredores simplemente personales, es decir, aquellos que ni por razón del contrato ni por razón de la ley, pueden perseguir bienes determinados, sino que sólo tienen acción meramente personal aunque constante en documento público, ó por lo menos en documento privado extendído en papel del sello correspondiente. Aquí figuran pues, los acreedores puramente escriturarios y los quirografarios en papel sellado.

1026.—Entre los acreedores de esta cuarta clase el orden de pago es el que sigue:

1. ° Por el orden de las fechas de sus respectivas escrituras públicas, los acreedores escriturarios y los hipotecarios que hubieren quedado en parte insolutos por no haber alcanzado á cubrir sus créditos el precio de los bienes que les fueron hipotecados (308 Dec. de Ref. N. ° 272). Tal sería el caso de que el acreedor hipotecario lo fuese por diez mil pesos y la cosa hipote-

cada sólo hubiera dado para pagar cinco mil: por los cinco mil restantes que no alcanzaron á satisfacer los bienes hipotecados, el acreedor figuraría en la clase de que se está tratando, como simple escriturario. Lo mismo que se dice de los créditos que han quedado en parte insolutos, es claro que con mayor razón deberá decirse de los que hayan quedado insolutos completamente, como sucedería si por haber otros hipotecarios anteriores, éstos hubieran consumido todo el importe de la cosa hipotecada.

1027.—Como la hipoteca no puede constituirse sino en escritura pública, es evidente que todo crédito hipotecario es escriturario, y entre los escriturarios se pagaba, según el Código, con preferencia sobre los que no tienen hipoteca, porque se tenía siempre como un crédito real con garantía de la cosa, es decir, se suponía que acreedor y deudor se propusieron que fuese de mejor condición que la generalidad de los escriturarios. Esto no parecía justo: el derecho real del hipotecario se limita á lo hipotecado: respecto de lo demás, no es más que escriturario, y como tal debe tratarse entre los créditos puramente personales que consten en escritura pública y que no tengan privilegio especial. Entre los personales, la ley da preferencia á los escriturarios por razón de la certeza de la fecha y de la deuda, puesto que es mucho más difícil un fraude en el instrumento público que la ley rodea de tantas formalidades, en que un documento privado en que no interviene la fe del Notario ni concurren forzosamente testigos. Entre varios escriturarios solos, ó entre varios hipotecarios insolutos solos, debe guardarse el principio ya mencionado de que se observe el orden de sus fechas respectivas, siguiendo el aforismo de que el que es primero en tiempo, lo es también en derecho (369 Dec. de Ref. Nº 272). Además, el artículo 2423 C. con-

signó que el pago de los acreedores quirografarios que no tengan constancia en papel sellado, se hagan á prorrata sin atender á las fechas ni al origen de los créditos, y de allí podía inferirse con razón, áun sin texto expreso, que en todos los otros créditos, tiene lugar la preferencia por razón de la naturaleza de la deuda, ó por antigüedad. Así lo consigna también de un modo expreso el artículo 2404. Reconocido en testamento un crédito, debe considerarse como escriturario.

2. ○ Los créditos que teniendo algún privilegio de los enumerados en los anteriores párrafos, no sean escriturarios y hubieren quedado insolutos en todo ó en parte (2421 C.). El crédito por hospedaje, v. g. tiene privilegio en el precio de los bienes del deudor introducidos á la posada, que se encuentren en poder del acreedor: si el precio de esos bienes no alcanza á cubrir más que la mitad del crédito, la otra mitad se reservará para este lugar para ser pagada después de los escriturarios. La naturaleza de esos créditos que tienen alguna circunstancia digna de consideración á los ojos de la ley, como que les concedió un privilegio, es lo que determina la disposición de que la parte insoluta no se equipare á lo de los acreedores personales, que no tengan escritura, sino que sea de mejor condición que ellos.

3. ○ En último término entran en esta categoría los créditos constantes en documento privado extendidos en papel del sello correspondiente (2422 C.).

1028.—Esta preferencia sobre los créditos que no consten en papel sellado, no se funda únicamente en el favor á los intereses fiscales, sino también en que alguna garantía más da el papel sellado, en cuanto á la fecha del crédito, como que no se timbra más que para un biennio, si bien pudiera ser, aunque es remoto, que se fuera conservando el de años anteriores. Entre

varios créditos personales simples en papel sellado, se seguirá la regla de prelación por causa de antigüedad (2404 C.).

PARRAFO SEXTO.

DE LOS DEMÁS ACREEDORES.

1029.—Pagados todos los acreedores de que se ha hecho mención en los párrafos anteriores, entran para ser satisfechos con los bienes restantes, todos los demás créditos que ni por su naturaleza ni por la forma en que constan, se hallan comprendidos en ninguno de los grupos ya enumerados. Vendrán pues, todos aquellos que sin ningún derecho especial por razón del crédito mismo, se acrediten en documento simple en papel común ó por confesión del deudor ó por prueba testimonial en los casos que se admite, es decir, los que siendo nada más que quirografarios no tengan en papel del sello correspondiente la constancia de su crédito. Y como no hay respecto de ellos motivo alguno, ni por su orígen ni por su fecha, que dé lugar á preferencia, el pago se hace á prorrata (2423 C.).

1030.—Por último debe cubrirse, si áun sobra algo, el importe de la responsabilidad civil que provenga de delito, y las multas. Respecto de las multas y demás responsabilidades pecuniarias que representan, no la disminución del haber de un acreedor sino una pena impuesta por la autoridad pública, no había dificultad. El pago de tales multas y responsabilidades va á proporcionar un lucro, mientras que el pago de los otros créditos va á evitar un daño, y por tanto es-

tos últimos deben ser de mejor condición que los primeros. Mas la responsabilidad civil que proviene de delito, no comprende eso únicamente, comprende también á favor del ofendido la restitución de la cosa, la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios (95 C. pen.) y respecto de esto no milita la misma razón para dejarle el último lugar. Si se ha hurtado algo á una persona y ésta exige lo hurtado ó su precio: si se le ha hecho un daño en su propiedad y pide el importe de su reparación; si alguno ha sido herido y reclama, la indemnización de los perjuicios sufridos, no hay motivo para que sea de peor condición que todos los demás acreedores. Así, el último lugar que se da á la responsabilidad civil que proviene de delito es á la que representa la pena, á la que no está destinada á satisfacer al ofendido sino que ha de ingresar á fondos públicos; y así está hoy terminantemense consignado en el Decreto de Ref. Nº 272 (art. 320).

1031.—Debe tenerse presente también que en todo caso se prefiere el crédito por título oneroso al que proviene de título lucrativo. Aunque el Código no lo consignaba expresamente, así lo consigna hoy el Decreto de Ref. (art. cit.): además, la naturaleza de los créditos así lo exige, un principio que puede tenerse como de legislación universal lo sanciona, y está reconocido también en el artículo 2120, hoy 312 del Decreto de Reformas N.° 272 en que permitiéndose hacer anotación preventiva sobre bienes ya anotados, se expresa que es, salvo la preferencia del título oneroso sobre el lucrativo.

TITULO TRIGÉSIMO.

DE LOS CUASI DELITOS.

1032.—Además de los hechos lícitos y de los delitos que producen principalmente responsabilidad criminal y accesoriamente la civil, hay algunos ilícitos que pueden ser fuente de obligaciones y responsabilidades civiles. Se llaman cuasidelitos, y son aquellos hechos ilícitos que, por su naturaleza y por ser cometidos solo por culpa y sin dolo, no dan lugar á responsabilidad criminal (329 Dec. Nº 272) sino solo á las reparaciones civiles. Se distinguen pues, tales hechos de los delitos que en éstos hay dolo ó intención de causar el daño; y se distinguen de la imprudencia temeraria y de las faltas en que en éstas, por la naturaleza de los hechos que las constituyen, la ley establece principalmente la responsabilidad criminal más ó menos grave, mientras que aquí se trata de la responsabilidad civil. Eso no obsta á que muchos de los que se consideran como cuasidelitos estén también clasificados como faltas, y entonces, á la vez que estarán sujetos á fa penalidad respectiva, darán lugar también á las responsabilidades civiles que van á expresarse.

1033.—El principio que domina en esta materia es que cualquiera que por sus hechos, descuido ó imprudencia causa un perjuicio á otro, está obligado á subsanarlo (fr. 1ª 2277 C.); y con razón porque él es el autor del daño ocasionado, y la consecuencia natural es que ha de repararlo. Se infiere de aquí que el que causa daño, pero sin que haya absolutamente ninguna

culpa de su parte, no está obligado á la reparación porque falta entonces el motivo que la origine: el que procede con toda diligencia sin faltar á la ley y sin tener culpa ni descuido, no puede estar sujeto á responsabilidad. Mas no podrá excusarse de no tener culpa el que voluntariamente v. g. embriagándose, se haya privado del uso de la razón y en ese estado de ebriedad cause daños á otro en su persona ó en sus bienes (2295 C.); porque es claro que no puede autorizarse esa causa para libertar de las responsabilidades naturales.

1034.—Se deduce también que áun cuando se cause un daño á otro no hay obligación de innemnizarle si se causó en el ejercicio legítimo de un derecho, porque el que usa de éste, á nadie perjudica cuando lo ejercita dentro de los términos y condiciones señaladas por la ley (2296 C.). Así pués, si una persona abre un pozo en un fundo de su propiedad y como resultado de esto se seca el pozo del fundo vecino, no tendrá que responder por el perjuicio que de esto resulte á su dueño porque ha procedido en ejercicio de su derecho. La ley exceptúa únicamente el caso en que una persona disponga de diversos medios para ejercer el derecho: que todos le den el mismo ó mejor resultado que el que emplea; y que voluntariamente haya escojido el que era perjudicial. Hay entonces en efecto una razón de equidad porque está manifiesto el propósito de causar perjuicio y el derecho no debe autorizarlo. Debe sin embargo, tenerse presente para la aplicación de este principio que es indispensable como se ha dicho que haya diversos medios de ejercitar el derecho: que todos ellos den por lo menos el mismo resultado que el que se adoptó; y que voluntariamente, esto es, de una manera intencional y deliberada, se haya escojido el que era perjudicial.

1035.—No solo están obligados directamente los cau-

santes de un daño á repararlo: lo están también algunas personas por hechos de otras dependientes de ellas ó por perjuicios causados por animales que les pertenecen. Así, el padre y en falta de él la madre, están obligados por los perjuicios que causen los hijos que tienen bajo su patria potestad (fr. 2ª 2277 C.): el guardador, lo está por los pericios que causen sus menores ó los incapacitados que tenga á su cargo (fr. 3ª 2277 C.): los maestros por los que causen sus aprendices (fr. 4ª 2277 C.), entendiéndose en lo que dependa de su oficio y dirección y no en lo que sea extraño; y en general el que tenga á otros bajo su cuidado y dependencia por los daños que éstos causen, y en lo que tenga relación con el cuidado que han de tener (fr. 2277 C.). Así también, el dueño de un animal ó el que lo tiene á su cuidado debe reparar los males que dicho animal cause, á no ser que se le hubiere sustraído, que entonces la responsabilidad será del que lo sustrajo (fr. 1ª 2278 C.). También en estos casos hay falta de diligencia de parte del que debía haber tenido cuidado del animal, y por eso se le hace responsable de los daños que éste causó. Claro está que esta misma responsabilidad tendrá cualquiera otro que haya tenido culpa en el daño causado por el animal, como el que lo instigó, pues él es propiamente el autor del perjuicio (fr. 2ª 2278 C.).

1036.—Lo dicho no tendrá lugar cuando los padres, guardadores y demás personas que se han mencionado justifican que no pudieron impedir el hecho que causó el daño. En tal supuesto, no sería justo hacer pesar sobre ellos ninguna responsabilidad porque tampoco ha habido culpa de su parte puesto que hicieron cuanto podían hacer (2279 C.).

1937.—También el patrón ó posadero es responsable de las cosas perdidas ó robadas en un buque ó posada,

salvo el caso de robo con violencia ó intimidación que no fuere ejecutado por sus dependientes; (2280 C.) y es porque él debe conocer á todas las personas que emplea en su servicio y responder de las faltas y perjuicios que por ellos se cometan, durante el mismo servicio y con ocasión de él.

1038.—El Código enumera varios cuasidelitos y son los siguientes:

1. ° El del dueño de un edificio cuya caída ha originado daños cuando ésta ha provenido de falta de conservación ó en la construcción (2281 C.).

2. ° El del que causa perjuicio á otro con la construcción de una obra nueva que no se hace con las formalidades debidas (2281 C.).

3. ° El del habitante de una casa por los que cause con las cosas arrojadas desde ella; pero como puede suceder que otra persona diferente que no sea de los individuos de su familia y dependencia sea quien haya arrojado las cosas que ocasionaron el perjuicio, tiene derecho de repetir contra ella por la cantidad que haya sido obligada á pagar (2282 C.).

4. ° El del que tiene alguna cosa puesta ó suspendida en un lugar por donde pasan ó en que se paran los transeuntes y cuya caída puede hacer daño.

5. ° El del que corre por las calles en bestia ó en cualquiera especie de carro.

6. ° El del que ordena al conductor de un carro en que va que lo ponga á la carrera.

7. ° El del que arrea bestias por las calles haciéndolas correr; y

8. ° El del que en camino ó lugar público caza con armas de fuego ó pone trampas (2283 C.).

1039.—Si el daño que por el cuasidelito se ha causado consiste en la muerte de una persona, el responsable ha de pagar una cantidad en compensación de

los alimentos de las personas que hubieren quedado en la orfandad (2285 C.). En caso de heridas, además de indemnizar los daños causados, como los salarios del tiempo que el paciente no haya podido trabajar, se han de pagar también los gastos causados en la curación (2286 C.); y en caso de que el perjuicio consista simplemente en algún deterioro en la propiedad, éste es el que ha de indemnizarse previa competente estimación. Si el que sufrió el deterioro se expuso á él imprudentemente, es natural que su estimación se reduzca convenientemente pues hay de su parte alguna responsabilidad (2274 C.).

1040.—Acerca de las personas que han de responder del daño, si muchas son culpables de él serán solidariamente responsables (2289 C.); es decir que cada una de ellas responderá por la totalidad del importe, á no ser que pueda determinarse la parte del daño causado por cada uno; y en este último caso cada cual responderá por el perjuicio que hizo (2289 C.). Y si el dueño de una cosa sin dolo ni deliberación, ha causado daño en ella en concurrencia de otras personas, podrá dirigir su acción contra éstas, pero solo por la parte que proporcionalmente les corresponda en el daño, deducida como es natural la parte causada por él de la cual no puede hacerse responsable á los otros.

1041.—La obligación de indemnizar los daños ocasionados por cuasidelitos prescribe en un año (668 y 2292 C.) y pasa á los herederos del responsable siempre que sea dentro de ese mismo término, siendo independiente de la acción criminal que corresponda conforme á las leyes á la cual sin embargo podrá acumularse (2293 y 2294 C.).

1042.—Se declara en el Código también tratando de esta materia, que el que origina una prisión ilegal, y el juez que la ordena son mancomunadamente responsa-

bles por los daños que cause la prisión (2288 C.); que en caso de injurias procedentes no de dolo sinó únicamente de culpa tiene derecho el que las reciba á pedir una indemnización proporcionada á la ofensa (2287 C.); y por último, que las imputaciones injuriosas contra el honor de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria á menos que se prueben daño emerjente ó lucro cesante apreciables en dinero; pero que ni áun en esos casos tendrá lugar la indemnización si la verdad de la imputación se probare (2297 C.).

NOTAS:—Con este título se cierra el tomo 3º de las Instituciones de Derecho Civil, sin incluirse el tratado del registro de la propiedad, á causa del viaje que en este estado de la impresión de la obra, tuvo que hacer el autor, y con el objeto de no retardar más su publicación.

FIN DEL LIBRO TERCERO.

ÍNDICE.

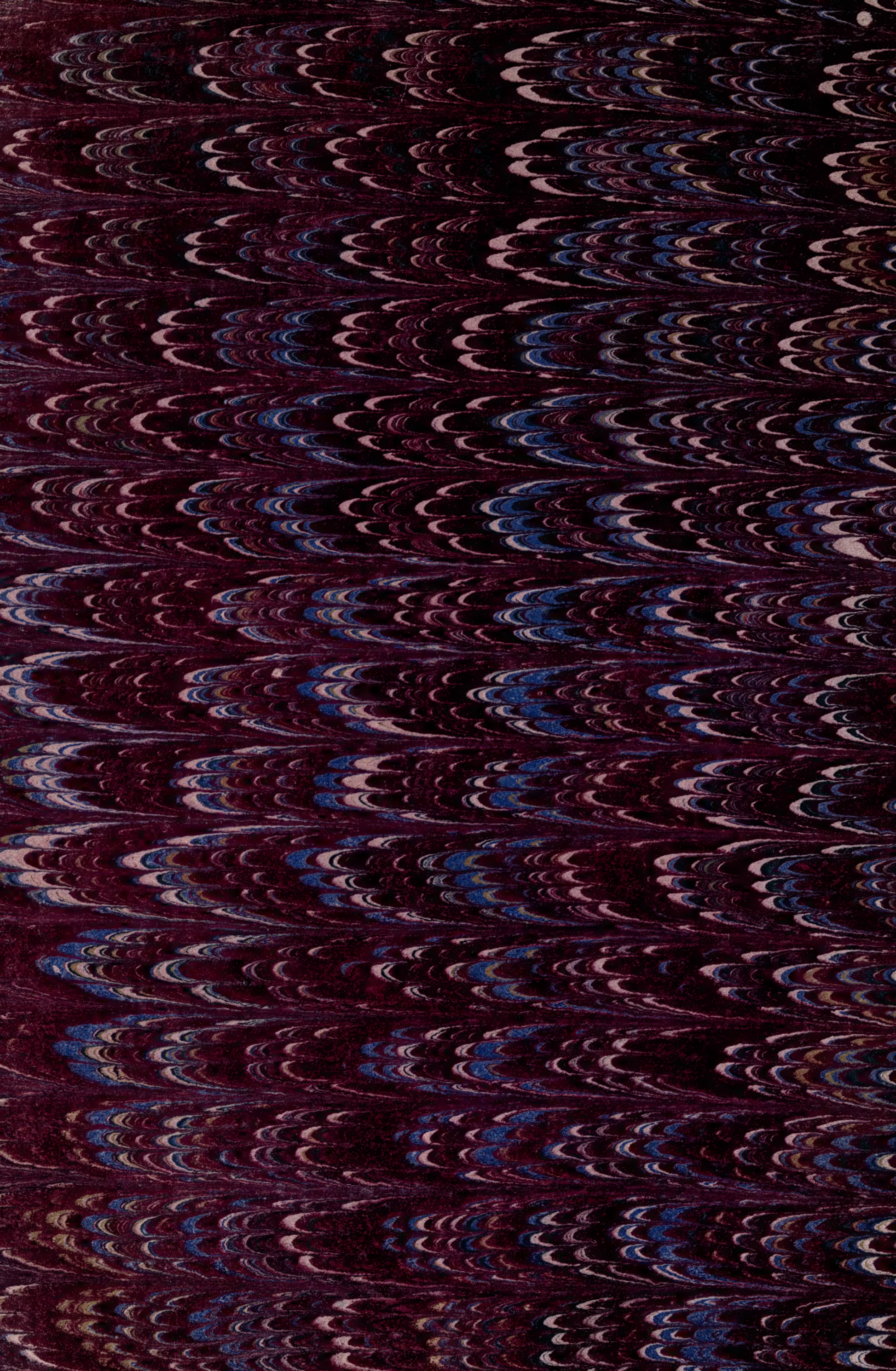
Páginas.

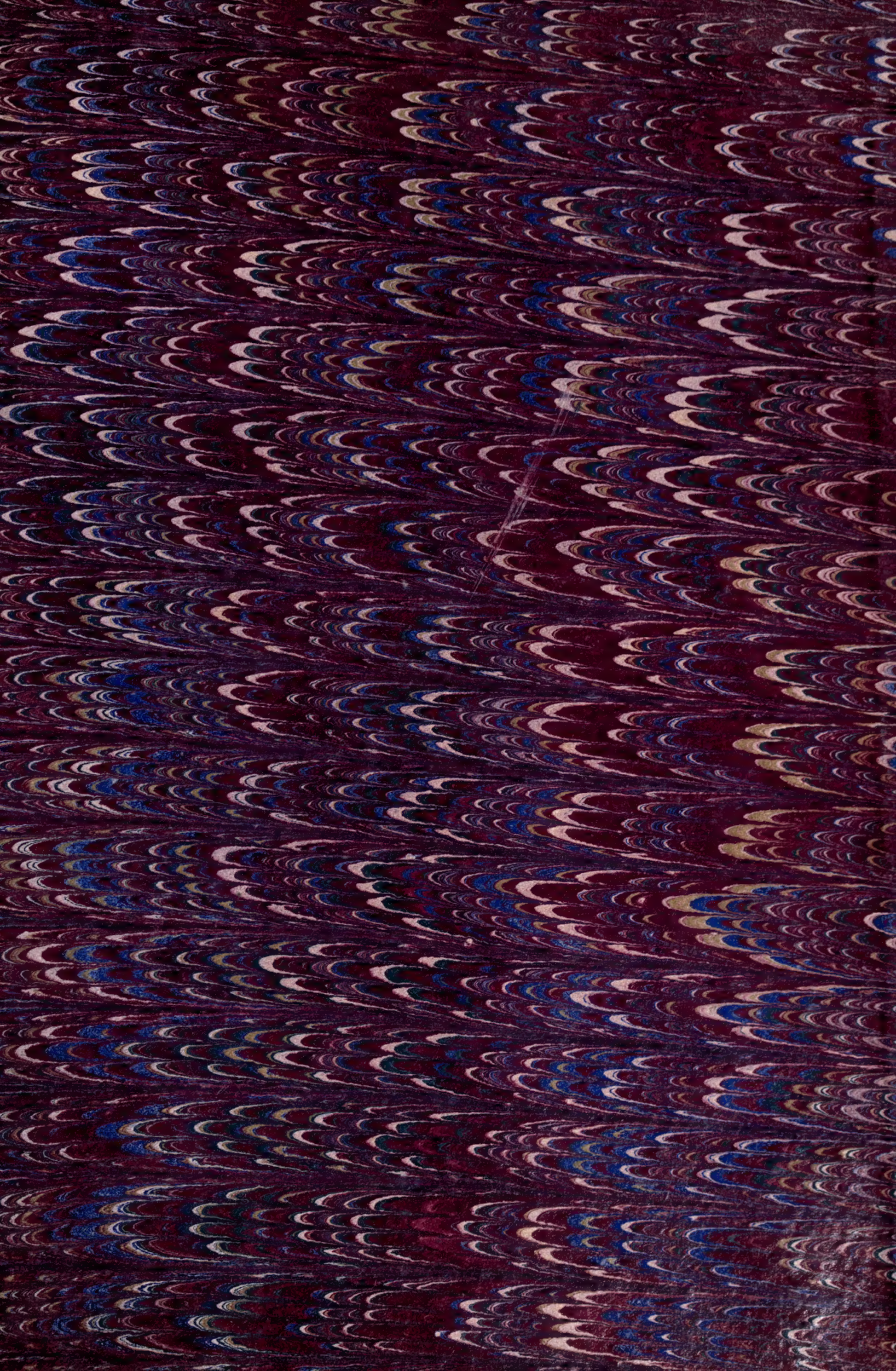
Páginas.



ERRATAS NOTABLES.

PÁG.	LÍNEA.	DICE.	CORRÍJASE.
36	19	2505	2305
56	26	2233	2333
193	19	272	273
153	8	vendor	vendedor
165	1	comprador	vendedor
167	3	si el tiempo. Y	Y si al tiempo
191	27	1344	2344
201	20	cinco	seis
201	23	dos	tres
223	21	1729	1728
229	5	modo puede	modo que puede
234	29	1702	1792
235	23	1489	1849
243	15	1610	1810
258	10	20	2º
272	12	219	319
286	22	aquello	aquella
296	18	247	274
288	29	207	267
302	14	127	137
319	20	mutuo á	mutuo, á
320	3	383	381
321	1	daños y perjuicios	daños
329	4	daños y perjuicios	daños
344	28	2021	2020
349	25	fianza	seguridad






0522710